I. pract.
78 u

Gärtner

Kritik

des

Untersuchungs-Principes

des

Preußischen Civil-Processes.

Von

Gustav Friedrich Gaertner.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

Berlin,
bei Duncker und Humblot.
1832.

346. B.

Dieß, daß ein Daseyn überhaupt, Daseyn des freien Willens ist, ist das Recht.

Hegel.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Inhalts-Verzeichniß.

Seite.

Einleitung ... 1 bis 12

Erster Abschnitt.

Kritik der theoretischen Begründung des Untersuchungsprincipes in der Einleitung zur Gerichtsordnung. — Entwicklung der Grundlagen dieses Principes ... 13 bis 24

Zweiter Abschnitt.

Betrachtung des Untersuchungsprincipes in praktischer Beziehung. — Kritik seiner Ausführung in dem Systeme der Gerichtsordnung.

Kap. I. Über die Wirkungen des Zugeständnisses ... 25 bis 27

Kap. II. Über die Folgen des Ungehorsams ... 27 bis 31

Kap. III. Über die Beschränkung des richterlichen Arbitrium durch die Anträge der Parteien ... 31 bis 35

Kap. IV. Über die Beschränkung der Prozeßhandlungen in der Zeit durch Fristbestimmungen ... 35 bis 38

Kap. V. Über die Beweistheorie ... 39 bis 44

Kap. VI. Über den Versuch der Sühne und den Vergleich 44 bis 54

Dritter Abschnitt.

Betrachtung des Untersuchungsprincipes in theoretischer Beziehung. — Kritik seiner wissenschaftlichen Begründung.

Kap. I. Einleitende Betrachtungen ... 55 bis 59

Kap. II. Entwicklung der formellen Natur des Rechtes ... 60 bis 65

Kap. III. Entwicklung der wahrhaften Stellung und Bestimmung des Gerichtes ... 65 bis 71

Kap. IV. Kritik der von Zum Bach versuchten Begründung des Untersuchungsprincipes ... 72 bis 81

Seite.

Kap. V. Kritik der von Puchta versuchten Begründung des Untersuchungsprincipes .... 81 bis 86

Kap. VI. Fortsetzung. — Allgemeine Betrachtungen .... 86 bis 100

Vierter Abschnitt.

Betrachtung des Untersuchungsprincipes in seiner modificirten Gestalt als nobile officium judicis.

Kap. I. Entwicklung des Begriffes des nobile officium .... 101 bis 107

Kap. II. Kritik des nobile officium im Allgemeinen und in besonderer Beziehung auf Einzeln-Richter .... 108 bis 130

Kap. III. Kritik des nobile officium in besonderer Beziehung auf Collegialgerichte .... 131 bis 143

Kap. IV. Schlußbetrachtungen .... 143 bis 158

Beilagen.

I. Über das Verhältniß der Gerichtsordnung zum corpus juris Fridericianum .... 158 bis 162

II. Über den status causae et controversiae und das Beweisdecret des preußischen Prozesses .... 162 bis 166

III. Über Grävell's Darstellung des Principes des preußischen Prozesses .... 166 bis 170

Druckfehler.

S. 25 l. Erstes Kapitel statt Erster Abschnitt.
— 52 Z. 6 v. u. l. ihre statt ihr.
— 75 Z. 10 v. u. l. Civilprozeß statt Cicivilprozeß.
— 76 Z. 15 v. o. l. für straflos halten statt straflos halten.
— 104 Z. 18 v. o. l. die Rechtsunkundige Partei statt der Rechtsunkundigen Partei.
— 106 Anmerk. Z. 6. l. dem Rechtsstreite statt den Parteien.
— 125 Z. 12 v. o. l. müssen statt müsse.

Einleitung.

In einer vor Kurzem erschienenen Schrift *) ist von dem Verfasser an einem nach dem Leben gezeichneten Bilde eines ganz gewöhnlichen und einfachen Schuldprozesses auf das evidenteste erwiesen worden, welchen alles Verhältniß überschreitenden Zeitverlust auch bei den einfachsten Rechtsstreiten unsere Procedur-Gesetze nothwendig verursachen.

„Man überlasse, sagt der Verfasser **), den Parteien die Beibringung der Materialien des Prozesses, die Communicationen und Insinuationen an die Gegner. Man schaffe die Auslassung der Parteien mittelst Verhandlungen ad protocollum ab, beschränke die Befugniß beider Theile, das, was sie zur Vertretung ihrer Rechte anzuführen haben, in einer bestimmten, nicht zu überschreitenden Anzahl von Schriften vorzutragen, und gebe ihnen mittelst strenger, präclusivischer Fristen die Macht und die Pflicht, die Prozesse zu beschleunigen. Man lasse dem lebendigen Worte und der Öffentlichkeit, jedoch nur zwischen dem Richter und der Partei, ihren wohlthätigen Einfluß; man bestimme insbesondere für einfache, nur die Beitreibung an sich unstreitiger Forderungen bezweckende, Prozesse ein kurzes, mündliches Ver-

*) Ueber einige Hauptהhindernisse, welche der Verfolgung des Rechts vor den Gerichtshöfen nach der preußischen Prozeßordnung entgegenstehen. Berlin 1831.

**) S. 34. a. a. O.

fahren; man befreie die Gerichtshöfe von der großen Menge administrativer Nebenarbeiten; und man werde jenes, den Rechtsschutz in der That precärmachende, Übel in seinen Wurzeln und ohne große Schwierigkeit zerstört haben."

Freilich müssen wir dem Verfasser zugeben, daß unsere Gerichte lebendiger und kräftiger in den Gang der Prozesse eingreifen werden, wenn der Gesetzgeber den vielgliedrigen, durch eine große Zahl übereinander gereihter Controlen sich bewegenden Mechanismus des Geschäftsganges *) vereinfachen, und vor Allem, dem verderblichen, die Functionen der edleren Organe immer mehr hemmenden und lähmenden Kanzellei- und Schreiberwesen ein Ende machen wird; und gewiß entsprechen die in dieser Hinsicht von dem Verfasser, und bereits früher von v. Gönner und v. Reibnitz **) geschehenen Vorschläge über die Mittheilung richterlicher Verfügungen und Parteienschriften ihrem Zwecke eben so vollkommen, als sie in der Natur der Sache gegründet sind: freilich werden unsere Gerichte sich freier und schneller bewegen können, wenn sie aufhören werden, zugleich Verwahrer und Verwalter alles streitigen und Pupillenvermögens, Einnehmer und Controleure indirecter Staatsauflagen (der Stempelgefälle zum großen Theil und der Sporteln) zu seyn — Geschäfte, welche die gelehrtesten und geachtetsten Prozeßschriftsteller Deutschlands ***)

*) Sehr anschaulich hat der Verfasser der ebengedachten Schrift (S. 37.) diesen Mechanismus durch Beschreibung der acht und vierzig Manipulationen dargestellt, welche eine neue Klage bis zur Einhändigung der Vorladungen zum ersten Termine an die Parteien erfährt.

Vgl. auch die von dem verst. Ober L. G. Präsidenten v. Reibnitz aus seiner Erfahrung hierüber mitgetheilten Bemerkungen in seinem Versuch über das Ideal einer Gerichtsordnung. Berlin 1815. 1. Th. S. 81.

**) S. v. Gönner Entwurf eines Gesetzbuches Bd. II. (Motive) Abth. 1. S. 42. Erlangen 1815.

v. Gönners Commentar über das K. baierische Gesetz vom 22. Juli 1819. Erlangen 1820. S. 41.

v. Reibnitz a. a. O. S. 143.

***) S. u. a. v. Feuerbach Betrachtungen über Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege. II. Bd. Gießen 1825. S. 22 u. fg.

einstimmig nicht nur für eine drückende, sondern auch für eine mit der eigentlich richterlichen Function unvereinbare Last der Gerichte erklärt haben; und ganz gewiß ist es, daß aller dieser Maaßregeln ungeachtet der unverhältnißmäßigen Dauer der Prozesse doch nur dann erst vorgebeugt seyn werde, wenn anstatt der protocollarischen Instruction ein Schriftwechsel mit Präclusivfristen zur Regel gemacht worden, eine Aenderung, deren Ausführung um so weniger schwierig seyn würde, als das protocollarische Verfahren bereits in der Praxis zu einer leeren, in der That einen Schriftwechsel enthaltenden und verbergenden, Form in den meisten Fällen herabgesunken ist.

Aber eine andere Frage ist es noch, ob diese Reformen, so sehr sie auch ihrem Zwecke entsprechen mögen, mit dem Systeme unserer Gerichtsordnung vereinbar, und dem Geiste, der in ihr herrscht, nicht zuwider seyen; eine andere Frage, ob nicht die Gerichtsordnung einen anderen und einen höheren Zweck zum Principe habe, als das Motiv, welches jene Reformvorschläge ins Leben gerufen hat.

Und wenn man nicht läugnen kann, daß durch die Aufhebung der mündlichen Verhandlungen mit den Parteien, dem Richter grade das Mittel entzogen seyn würde, mit welchem die Prozeßordnung ihn zur Erfüllung seiner Aufgabe, die Wahrheit selbst zu erforschen, ausgerüstet hatte, und also dann dieser Zweck in der That selbst aufgegeben werden müßte; wenn man gestehen muß, daß selbst jene anderen Vorschläge, wenn sie sich auch auf Functionen beziehen, welche dem Richteramte an sich fremde sind, eben deshalb jenes Prinzip doch in seinem Grunde verletzen würden, weil es in der That eine unmittelbare und nothwendige Consequenz der Ansicht, welche es hervorgerufen hat — daß der

---

Mittermaier der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß in Vergleichung mit dem preußischen und französischen Civilverfahren. Bonn 1822. 2te Aufl. Beitrag II. §. II.

Puchta über die bürgerliche Rechtspflege und Gerichtsverfassung Baierns. Erlangen 1826. No. V. S. 163 u. fg.

v. Reibnitz a. a. O. S. 24. 83.

Staat aus eigenem Interesse an den streitigen Angelegenheiten seiner Bürger einen besondern Antheil nehmen müsse — gewesen ist, Alles, was auf diese Rechtsstreitigkeiten einen nahen oder entfernten Bezug habe, Alles, was auf ihre Vorbringung, Vermittelung oder Beendigung irgend Einfluß haben könnte, als eine integrirende Function derjenigen Magistratur zu erkennen, welche im Namen des Staates und des Gesetzes mit der Schlichtung der Rechtsstreite beauftragt sey, und eben deshalb auch Alles, was mit dem Gange des Prozesses irgend in Beziehung stehe, selbst das unbedeutendste und unwesentlichste, dem selbständigen Handeln der Parteien zu entziehen, von dieser Magistratur ausgehen und unter ihrer Autorität geschehen zu lassen; wenn es also gewiß ist, daß jene Reformen so weit entfernt sind, in das System der Gerichtsordnung auf eine die Harmonie des Ganzen nicht störende Weise eingereiht werden zu können, daß sie vielmehr deren individuellen Character durchaus und unheilbar vernichten würden: muß es dann nicht als bedenklich erscheinen, auch anerkannte und nicht zu läugnende Mängel um einen solchen Preis abzuhelfen, und muß man es nicht vollkommen billigen, daß unsere Gesetzgebung immer gezögert hat, den vielen Aufforderungen und rathgebenden Vorschlägen die Hand zu bieten, um ein Gebäude zu zerstören, das, wenn auch nicht durch sein Alter, doch als eigenthümliches Werk des deutschen Geistes und als Schöpfung unseres größten Herrschers ehrwürdig und Achtung gebietend ist? — Zumal da man keine andere Stoffe zu einem neuen Gebäude anzugeben gewußt hat, als entweder die Formen, deren Unvollkommenheiten grade die Entstehung der Gerichtsordnung veranlaßt haben, oder die Procedurformen eines anderen Landes, deren offenbare Mängel nur einem befangenen Auge verborgen seyn können; so daß unsere Gesetzgebung, hätte sie solchen Vorschlägen williges Gehör gegeben, gewiß durch ihre Thaten die Wahrheit des Wortes bewiesen haben würde, daß der Feind des Guten immer das Bessere sey.

Wäre es freilich möglich, eine Institution auf historischem Wege zu begreifen, hätte man mit der Erkenntniß der Motive

und äußerlichen Zwecke, welche sie ins Leben gerufen haben, ihr eigenthümliches Wesen und den Geist, welcher sie beseelt, ergründet, wäre sie in der That nichts Anderes, als, was sie zum Behuf jener Zwecke hatte seyn sollen; so daß, wenn diese aufgehört, oder die Institution sich nicht als zweckmäßig bewiesen, man das Recht hätte, sich ihrer als eines unnütz gewordenen Werkzeuges zu entledigen: alsdann wären jene Bedenklichkeiten allerdings leicht zu überwinden.

Denn man dürfte nur auf die Entstehungsgeschichte unserer Prozeßgesetzgebung zurückgehen, man dürfte nur an die Worte der Kabinetsordre vom 14. April 1780 *), und an die in dem — als Darlegung der Gesichtspunkte der Redactoren besonders wichtigen — Vorberichte zum corpus juris Fridericianum ausdrücklich ausgesprochene Absicht erinnern, daß man in dieser neuen Prozeßordnung den von Anfang seiner Regierung von dem großen Könige verfolgten Plan, eine prompte und unparteiische „Rechtspflege" in seinen Staaten einzuführen, da alle anderen Mittel fehlgeschlagen seyen, durch Ausrottung des Übels in seiner Wurzel, durch gänzliche Abschaffung der Advocaten, „denen aus Ehrsucht und Gewinnsucht und anderen Leidenschaften daran liege, das Factum zu verdunkeln, und die Prozesse auf alle ersinnliche Weise zu verschleppen," zur Ausführung habe bringen wollen, und eben deshalb eine Form des Verfahrens gewählt habe,

---

*) Als Commentar zu dieser berühmten Kabinetsordre kann die dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois (als Anhang zu den mémoires pour servir à l'histoire de la maison de Brandebourg. Berlin 1767. 4. abgedruckt) betrachtet werden, in welcher Friedrich der Große die Motive und Zwecke seiner Gesetzgebung als Resultate seines Studiums der Gesetzgebungen ausgesprochen hat, und der Nachwelt zur Prüfung vorgelegt zu haben scheint.

In unmittelbarer Beziehung auf jene K. O. steht folgende Stelle: Que ce soient de mauvaises lois, qui fassent injustice aux plaideurs; que ce soient des plaidoyers artificieux, qui obscurcissent leurs droits, ou que ce soient des longueurs, qui, absorbant le fond même du litige, leur fassent perdre les avantages, qui leur sont dûs; tout cela revient au même. L'un est un mal plus grand que l'autre; mais tous les abus méritent réforme. (a. a. O. S. 148.)

„welche den Richter in den Stand setze, die Wahrheit selbst aufzusuchen" — nur daran dürfte man erinnern, um zu beweisen, daß die unsere Procedur characterisirende amtliche Thätigkeit des Richters nur als ein Mittel, und zwar allein zu dem Zwecke eingeführt worden sey, um durch Beseitigung der Advocaten, sowohl eine schnellere, als auch gründlichere Entscheidung der Prozesse möglich zu machen *). —

Hätte also diese eigenthümliche Stellung des Richters keine Nothwendigkeit in sich selbst, hätte sie nur als Mittel zu den Zwecken, welche sie hervorgerufen haben, ein Recht, sich zu behaupten; so hätte sie durch das Zeugniß der Erfahrung, zur Abkürzung der Prozesse nichts weniger als geeignet zu seyn, in der That alles Recht verloren. Zwar ist allerdings auch aus dem Grunde der Richter mit der Instruction der Prozesse beauftragt worden, damit durch eine vollständige, treue und gründliche Aufklärung des Sachverhältnisses eine sichere Grundlage für das Urtheil gewonnen würde; aber es ist dies doch nur in der Voraussetzung geschehen, daß mittelst Advocaten dieser Zweck nicht erreicht werden könne, und nur in der unmittelbaren Absicht geschehen, die Advocaten entbehrlich zu machen. Da aber diese Meinung, als ob die Institution der Advocaten den wahrhaftigen Zwecken der Gerechtigkeitspflege an sich entgegen sey, die Justizorganisationen anderer Staaten als irrthümlich widerlegen, da insbesondere aus dem genaueren Studium der Quellen des gemeinen Prozesses und seiner Geschichte die Ueberzeugung hervorgegangen ist, daß einerseits nur durch Fehler der Gesetzgebung der Ehrenstand der Fürsprecher und Advocaten gesunken sey, da er „des belebenden Elementes und der Kraft, welche allein Gutes und Großes schaffe, der Ehre beraubt, sich nur der gemeinen Leidenschaft nach Erwerb habe hingeben können **)," und andrer-

---

*) Vgl. den Vorbericht zum corp. jur. Frid. S. XVI — XXII.

**) Worte v. Feuerbachs in den Betrachtungen über Öffentlichkeit und Mündlichkeit Th. I. S. 393.; auf dessen vortreffliche Bemerkungen über die Gründe des Verfalls des Advocatenstandes (a. a. O. S. 391 u. fg.)

seits, daß auch in der Form des Verfahrens, welche den das Urtheil vorbereitenden Theil des Prozesses der selbständigen Thätigkeit der Parteien und ihrer Advocaten überlasse, keineswegen die mitwirkende und zum wahrhaften Zwecke des Prozesses leitende Gewalt des Richters ausgeschlossen sey *); so ist also in dieser Beziehung in der That die ausgedehnte Function des Richters, wie unsere Prozeßordnung sie eingeführt hat, nicht nothwendig. Und da dieses Motiv, die Beseitigung der Advocaten, sich nicht als nothwendig bewähren kann, jenes andere der Prozeßordnung zum Grunde liegende Motiv aber die Abkürzung der Prozesse, wie die Praxis gezeigt hat, durch die eingeführte Form des Verfahrens nicht erreicht wird; so wären also allerdings alle Bedenken gehoben, und nichts hinderte, durch andere Mittel und durch andere Formen diesen Zweck zu verfolgen, nichts hinderte, jene vorgeschlagenen Reformen ins Werk zu setzen **) — wenn eben jene Form nie etwas anderes gewesen und nichts an-

---

ich verweise. S. auch Mittermaier a. a. O. Beitrag I. §. X., und v. Reibnitz a. a. O. S. 90. Friedrich der Große erkannte sehr wohl, daß grade der Advocatenstand des Princips der Ehre bedürfe, indem nach seinem Plane nur aus den in Assistenzräthe umgewandelten Advocaten die wirklichen Räthe der Landescollegien gewählt werden sollten. (S. die K. O. vom 14. April 1780.)

*) S. Mittermaier a. a. O. Beitrag I. S. 71. v. Gönner Commentar ꝛc. S. 47.

**) In dieser Ueberzeugung hat Beßel — Gesetzgebung für die Rechtspflege Leipzig 1818 — „Einschaltungen" in die Gerichtsordnung, zur Aufnahme des mündlichen und öffentlichen Verfahrens und eines Schriftwechsels unter Anwälden entworfen; wie denn auch öfterer eine solche Ausbesserung unseres Systemes für nützlich gehalten und versucht worden ist. S. v. Puttlitz Vertheidigung der preußischen Gerichtsverfassung ꝛc. Köln 1818. S. 27. Der preußische Prozeß ohne die ihm zum Vorwurf gemachten Mängel und unter Aufnahme der Öffentlichkeit der Rechtspflege. Jena 1819. — Die Unmöglichkeit einer solchen Vereinigung, und wie wenig das Untersuchungsprincip für das Vorverfahren einer auf einer mündlich-öffentlichen Hauptverhandlung beruhenden Procedur passe, hat bereits v. Feuerbach a. a. O. Th. I. S. 34 u. fg. bewiesen.

Vgl. auch Puchta Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis des bürgerlichen Rechtsverfahrens. Bd. I Erlangen 1822. Abhdlg. I. S. 2. 6 u. fg.

deres geworden wäre, als ein bloß mechanisches, nur um der Motive willen, die es hervorgerufen haben, geltendes und berechtigtes Mittel.

Sehen wir aber, wie in der neueren Gestalt unserer Prozeßordnung in der Gerichtsordnung die aus dem corpus juris Fridericianum verbannten Advocaten wieder eingeführt sind, wie die Instruction mit der Regulirung des status causae nicht mehr definitiv geschlossen, sondern „dem ganzen Geiste und Zwecke des Systemes gemäß" die Anführung neuer Thatsachen und Beweismittel bis zum Actenschlusse, ja selbst in den Deductionen zugelassen werden, und sogar in dritter Instanz noch neue Beweismittel, eine neue, einen neuen Instanzenzug bewirkende, Instruction veranlassen können *) — anderer der Beschleunigung der Prozesse entgegenwirkender Bestimmungen nicht zu gedenken; sehen wir, wie, während so die Motive, welche die Veranlassung gaben, den Richter mit der Ermittelung des Sachverhältnisses zu beauftragen, theils ganz verworfen, theils nur einer minderen Berücksichtigung werth geachtet wurden, dennoch dieses nobile officium des Richters, und das ganze auf der amtlichen Thätigkeit des Richters beruhende Verfahren nicht nur in vollem Umfange beibehalten, sondern sogar noch erweitert worden ist; müssen wir

*) Vgl. Th. I. A. G. O. Tit. 10. §. 3. Tit. 15. §. 11. 14. 15.

In der Prozeßordnung von 1781 ist der Zweck, die Prozesse zu beschleunigen, so streng im Auge behalten worden, daß man den Gerichten nicht nur zur Pflicht machte, alle ordentliche Prozesse in Jahresfrist zu beendigen (eine Vorschrift, die zwar auch in die G. O., aber nur traditionell, übergegangen ist), sondern der Dauer jeder Instanz ein höchst erlaubtes gesetzliches Zeitmaaß vorschrieb: für die erste 4 Monate, für die zweite 3 Monate und für die dritte 2 Monate.

Vgl. Th. I. c. j. Fr. Tit. 6. §. 26.

Um die Einhaltung dieser Fristen möglich zu machen, wurde denn auch die Instruction mit dem status causae als abgeschlossen vorausgesetzt, und in dritter Instanz gar kein Verfahren, nicht einmal Deductionsschriften zugelassen.

Vgl. §. 8 u. fg. Tit. 10. §. 5. Tit. 12. §. 6. Tit. 15. Th. I. c. j. Fr.

Eine weitere Ausführung des Verhältnisses der Gerichtsordnung zum corp. jur. Frid. ist in der Beilage I. gegeben.

dann nicht zugeben, daß dies unmöglich gewesen wäre, wenn nicht diese Form des Verfahrens ein individuelles Leben und einen sich durch sich selbst behauptenden Character in sich getragen hätte? Hätte dies geschehen können, wenn man nicht bei dieser neuen Redaction die Überzeugung gehabt hätte, daß die Untersuchungspflicht des Richters nicht nur ein diensames Mittel für andere Zwecke der Prozeßlegislation, sondern in der That eine an und für sich seyende und durch sich selbst, ohne Rücksicht auf andere Motive, nothwendige Pflicht des Richters sey, die Überzeugung, daß der Richter eben so sehr, und weil es seine höchste Pflicht sey, ein gerechtes Urtheil zu sprechen, auch nothwendig verpflichtet sey, alle seine Kräfte und Mittel aufzubieten, um über die Thatverhältnisse, diesem untrennbaren Grunde des Rechtes, das reine Licht der Wahrheit zu verbreiten, daß also die Untersuchungspflicht des Richters, als von der Gerechtigkeit selbst gefordert, als das höchste, alle andere Motive sich unterordnende, Princip für die Festsetzung der Procedurformen zu betrachten und anzuerkennen sey?

Und wenn wir sehen, wie diese Überzeugung in der Einleitung zur Gerichtsordnung unverkennbar ausgesprochen, wie die Redactoren bemüht gewesen sind, dieselbe in dieser Einleitung theoretisch zu begründen, und aus dem Begriffe und der Natur des Prozesses (§. 1. 2.) den Beweis zu führen, daß der Richter nothwendig die Pflicht und das Recht habe, sich von der wahren und eigentlichen Bewandniß der Thatsachen zu überzeugen (§. 6.), daß er schuldig und befugt sey, den Grund oder Ungrund dieser Thatsachen selbst zu untersuchen (§. 7.), daß diesem Zwecke, einer gründlichen und vollständigen Erforschung der Wahrheit, alle andere Beziehungen untergeordnet werden müßten (§. 34.), und daher auch die vom allgemeinen Besten geforderte Rücksicht, die Prozesse abzukürzen und die Kosten dabei zu sparen, nur so weit beachtet werden dürfe, als es ohne Nachtheil der Rechte der Parteien geschehen könne (§. 9.): können wir dann noch läugnen, daß die Untersuchungsmaxime sich von den, ihre Entstehung vermittelnden, Motiven losgerissen, und sich

selbst zu dem leitenden, in sich nothwendigen, in den höchsten Zwecken der Gerechtigkeitspflege sich gründenden, Principe als dem Träger des ganzen Systemes herausgebildet hat *)?

Ist dies aber der Fall; was kann denn aus jenen Beweisen der langen Dauer und Kostspieligkeit unserer Prozesse, was aus den Beweisen, daß unsere Procedur in anderen Beziehungen und in Rücksicht anderer Zwecke ungenügend sey, weiter gefolgert werden, als daß eben unsere Prozeßordnung, wie eine jede andere, ihre Mängel und Unvollkommenheiten habe? Als Motive aber, um das System der Prozeßordnung umzustürzen, würden diese Mängel doch erst dann in Betracht kommen können, wenn zuvor, was das allein wahre und nothwendige Princip der Prozeßgesetzgebung sey, und daß das Princip unserer Prozeßordnung es nicht sey, daß es nicht, wie es von sich behauptet, eine absolute Forderung der Gerechtigkeit sey, würde bewiesen worden seyn.

Und wenn auch jene Beweise, daß unsere Procedur so unmittelbare und für den Verkehr so wichtige Zwecke der Rechtspflege unerfüllt lasse, wenn auch der Beweis des bedeutendsten unter den neueren Gegnern unseres Prozesses — Mittermaiers **) — daß derselbe auf selten eintretende Verhältnisse berechnet sey, und aber nur, wenn alle diese Voraussetzungen eintreten, seinen Zweck erreichen könne — auch als Indicien gegen die Wahrheit und Nothwendigkeit seines Principes an sich in so

*) Zwar war sie an sich schon von Anfang an der wirkende und schaffende Grund der neuen Procedur; aber wie Alles, was im Reiche der Natur und des Geistes wird, nur in Anderem wird, und von diesem die äußerlichen Mittel erhält, um zur Existenz zu gelangen, so waren es auch jene äußerlichen Motive, welche dem sich bildenden Principe den Anstoß gaben, sich zu entwickeln. Deshalb konnten Anfangs auch nur diese als der eigentliche und immanente Grund der neuen Bildung erscheinen, nur erst als diese vollendet war, und das vollendete Gebilde selbst Gegenstand der Reflexion wurde, offenbar werden, was seine Natur und das Element sey, welches es erzeugt habe, und in welchem es ruhe, und dieses als solches, als Princip gesetzt werden.

**) a. a. O. Beitr. I. S. 92., mit den vorangehenden Betrachtungen verglichen.

fern betrachtet werden können, als das Princip der Prozeßgesetzgebung, um ihrer Bestimmung willen, wesentlich practisch seyn muß; so sind sie doch keine directen Beweise des Gegentheils. Und wenn man beachtet, wie in neuerer Zeit wiederum so viele Stimmen für die Untersuchungsmaxime sich erhoben, wie ein preußischer Rechtsgelehrter *) dieselbe aus wissenschaftlichen Principien zu deduciren versucht hat, wie selbst außerhalb Preußen Männer, wie W. Puchta **) und von Gönner ***), deren Urtheil durch den Namen, welchen sie sich in der Litteratur erworben, und durch ihre Berufung zu den Gesetzgebungsarbeiten ihres Vaterlandes nicht ohne Auctorität ist, die Vernünftigkeit und Nothwendigkeit dieses Principes aus Gründen der Theorie und der Erfahrung vertheidigt haben, wenn man beachtet, wie dieses Princip selbst in die Prozeßformen anderer Staaten †), wenn auch in beschränktem Maaße, übertragen worden ist; so möchten diese Thatsachen im Allgemeinen doch wenigstens eben so viel für dieses Princip beweisen, als jene Indicien dagegen beweisen könnten.

Mag also auch der entscheidende Wurf bereits geschehen, mag unsere Gesetzgebung, nach langer Berathung und nachdem sie die Redner der Parteien gehört, ihre Überzeugung festgestellt und bereits das Urtheil beschlossen haben, ob das Princip un-

---

*) Zum Bach in der vollständigen Gegeneinanderstellung der preußischen und französischen bürgerlichen Prozeßordnungen. Magdeburg 1822.

**) In den Beiträgen zur Gesetzgebung und Praxis des bürgerlichen Rechtsverfahrens. Bd. I. Abhdl. II. Über die Vernunftmäßigkeit des sog. Untersuchungsprincipes des preuß. Civilprozesses.

***) In dem Commentar über das baierische Gesetz vom 22. Juli 1819. Erlangen 1820. S. 65 u. fg.; doch vertheidigt v. Gönner die Untersuchungsmaxime nur in dem Umfange, wie sie jene Novelle aufgenommen, nemlich in Beziehung auf Untergerichte und in Rücksicht rechtsunkundiger Parteien.

†) Vgl. die ebenangeführte baierische Novelle vom 22. Juli 1819 §. 3. und das Organisationsedict über die Rechtspflege in den unteren Instanzen im Königreich Würtemberg vom 31. December 1818 mit Bemerkungen der Referenten. Stuttgard 1819. §. 70 fg.

serer Prozeßordnung aufgegeben oder dabei beharrt werden solle; immer ist es doch für die Wissenschaft noch eine eben so wichtige, als interessante Frage: ob dieses Princip an und für sich wahr und nothwendig sey, ob in der That die unmittelbare Antheilnahme des Richters an der Entwickelung des Sachverhältnisses in der Natur des Prozesses begründet sey, ob denn die Erforschung der Wahrheit der factischen Grundlage des Rechtsstreites eben so sehr von dem Richter in dem Interesse der Gerechtigkeit gefordert werden müsse, als die richtige Anwendung der Gesetze.

Dieser rein wissenschaftlichen Aufgabe, einer kritischen Erörterung des Untersuchungsprincipes, sowohl in seiner, durch jene Fragen bezeichneten, reinen Form, wie es unserer Prozeßordnung zum Grunde liegt, als auch in der nüancirten Form, in welcher es jene neueren Gesetzgebungen aufgenommen haben, ist diese Abhandlung gewidmet. —

Erster Abschnitt.

Kritik der theoretischen Begründung des Untersuchungsprincipes in der Einleitung zur Gerichtsordnung. — Entwickelung der Grundlagen dieses Principes.

Die Einleitung zur Gerichtsordnung geht von der Bestimmung des Gegenstandes des Civilprozesses aus:

Alle Streitigkeiten (sagt §. 1.) über Sachen und Rechte, welche einen Gegenstand des Privateigenthums ausmachen, müssen, wenn kein gütliches Übereinkommen statt findet, durch richterlichen Ausspruch entschieden werden.

Hieran schließt sie die Definition des Prozesses im §. 2.:

Die gerichtliche Verhandlung, durch welche der Richter in den Stand gesetzt werden soll, eine solche Streitigkeit nach den Gesetzen zu entscheiden, wird Prozeß genannt.

Und durch eine Analyse des Rechtsstreites sucht sie demnächst sowohl den Inhalt, als auch die Untersuchungspflicht des Richters als das leitende Princip dieses Verfahrens folgendergestalt zu begründen:

(§. 3.) Jeder Rechtsstreit setzt eine Thatsache voraus, aus welcher die streitige Befugniß oder Obliegenheit entspringen, oder worauf sie sich gründen soll.

(§. 4.) Der Streit betrifft entweder die Richtigkeit der Thatsache, oder die Herleitung der daraus nach den Gesetzen fließenden Folgen; oder beides zugleich.

(§. 5.) In jedem Prozesse muß also vor allen Dingen untersucht werden, was für Thatsachen dabei zum Grunde liegen, und wie sich dieselben nach der Wahrheit verhalten.

(§. 6.) Der vom Staate geordnete Richter, der den Streit durch richtige Anwendung der Gesetze auf die dabei zum Grunde liegenden Thatsachen entscheiden soll, hat die nächste Pflicht, also auch das nächste Recht, sich von der wahren und eigentlichen Bewandniß dieser Thatsachen zu versichern.

(§. 7.) Der Richter ist also schuldig und befugt den Grund oder Ungrund der in einem Prozesse vorkommenden Thatsachen selbst und unmittelbar zu untersuchen. —

Zunächst ergiebt sich, wenn wir diese Bestimmungen betrachten, unmittelbar, daß die im §. 2. gegebene Definition des Prozesses keineswegs das Alles umfaßt, was sowohl nach dem gemeinen Rechte, als auch nach dem Systeme der Gerichtsordnung zu dem Prozesse gehört, und diese ungenaue Bestimmung muß um so mehr auffallen, als im §. 8. eben dasjenige, wodurch §. 2. den Prozeß definirt, „die Aufnehmung und Untersuchung der Thatsachen," nur die Instruction des Prozesses genannt wird *).

Offenbar hat aber diese ungenügende Definition ihren Grund in dem vorwaltenden Streben nach Concludenz in diesen ersten Grundsätzen: denn sollte diese Definition in der zu dem Schlusse auf die Untersuchungspflicht des Richters führenden Reihefolge von Prämissen eine Stelle einnehmen, so mußte sie nothwendig in den durch diese Beziehung unmittelbar gegebenen engen Gränzen gefaßt werden. Insofern aber dies die einzig mögliche Weise ist, jene unrichtige Begriffsbestimmung wenigstens in ihrem Motive zu erklären, kann diese selbst als ein Beweis für die Absicht

*) Es muß auffallen, daß der Commentator der Gerichtsordnung, Gräwell, der mit so vielem Eifer den Zwang zur Anerkennung der Rechte als den alleinigen und höchsten Zweck der Institution der Gerichte behauptet, und die Entscheidung der Rechtsstreite nur als ein Mittel zu diesem Zwecke auch in dem Systeme der Gerichtsordnung behandelt wissen will (vgl. dessen Commentar Th. I. S. 22.), an dieser, seiner Behauptung so ganz widersprechenden, Definition des Prozesses nicht nur keinen Anstoß genommen, sondern den Inbegriff der richterlichen Thätigkeit auf dieselbe Weise bestimmt hat. (a. a. O. §. 25. S. 86.)

der Redactoren gelten, in diesen Sätzen das leitende Princip des Systemes rationell zu begründen.

Diese rationelle Begründung scheint aber schon, nach der Fassung des §. 6. zu urtheilen, nicht als gelungen betrachtet werden zu können. Denn in diesem Paragraphen ist das Princip des Systemes ganz isolirt und ohne allen vermittelnden Zusammenhang mit den vorhergehenden Sätzen ausgesprochen. Es wird für eine Pflicht des Richters erklärt, das Sachverhältniß selbst zu untersuchen, ohne diese Pflicht als eine nothwendige Consequenz jener Prämissen dargestellt zu haben. Sie ist dies aber allerdings, und nur die vermittelnden Bestimmungen, aus denen sie resultirt, sind nicht vollständig entwickelt. Denn wenn es richtig ist, daß die Wahrheit der bei einem Prozesse zum Grunde liegenden Thatsachen untersucht werden müsse; so folgt, daß diese Operation nicht denjenigen übertragen werden könne, welche ein besonderes und zwar entgegengesetztes Interesse bei diesem Rechtsverhältnisse haben, also nicht den Parteien, sondern einem unbetheiligten Dritten; da aber diese Untersuchung nichts selbständiges, sondern als nothwendiges Mittel zur richtigen Entscheidung des Rechtsstreites bestimmt ist, so muß dieses Mittel auch demjenigen überlassen werden, welcher jenen Zweck ins Werk setzen soll; für die Untersuchung der Thatsachen kann also nicht irgend ein Dritter beliebig gewählt werden, sondern sie ist eine nothwendige Function des Richters.

Kann also auch die Folgerichtigkeit dieses Schlusses an sich nicht bestritten werden; so ist es doch noch eine andere Frage, ob seine unmittelbare Prämisse — daß in jedem Prozesse die zum Grunde liegenden Thatsachen nach ihrem wahrhaftigen Verhalten untersucht werden müssen — richtig und gegründet sey. — Und dieser Satz ist, wenn auch als eine Folge der unmittelbar vorangehenden analytischen Bestimmung des Rechtsstreites und des ersten, die Selbsthülfe verbietenden, Grundsatzes ausgesprochen, in der That nur postulirt; ja, es ist ganz unmöglich, denselben als Schluß aus diesen Prämissen auch nur im entferntesten zu rechtfertigen.

Dies geht aus einer näheren Betrachtung dieser Prämissen, und besonders aus der Bestimmung ihres gegenseitigen Verhältnisses hervor.

Jeder Streit über Privateigenthum soll durch Richterspruch entschieden werden: dieses allgemeine Axiom des §. 1. hat als Axiom die Bedingungen seiner Realisirung nicht an sich; es bedarf dazu eines anderen, eines Mittels, und dieses Mittel kann nur durch die Natur des Rechtsstreites bestimmt werden. Für die Natur des Rechtsstreites selbst haben sich aber zwei Bestimmungen ergeben, nemlich:

1. daß, da das Eigenthum auf einem thatsächlichen Grunde beruht, jeder Rechtsstreit ein thatsächliches Verhältniß involvirt (§. 3.); und
2. da der thatsächliche Grund in rechtlichem Betracht nicht einfach ist, sondern mannichfaltig bezogen, und die rechtlichen Folgen desselben daher möglicher Weise verschieden seyn können: daß im Fall eines Rechtsstreites sowohl das Sachverhältniß, als auch dessen rechtliche Folgen den eigentlichen Streitpunkt bilden können (§. 4.).

Diese beiden Bestimmungen der Natur des Rechtsstreites sind also die medii termini, durch welche von jenem allgemeinen Axiome, als dem Obersatze, auf die Art und Weise seiner Realisirung in den einzelnen Fällen zu schließen ist.

Beachten wir noch die in jenem Obersatze enthaltene Begriffsbestimmung des Richters, Organ des Gesetzes zu seyn (oder, wie dies im §. 6. explicirt wird, der durch richtige Anwendung des Gesetzes den Rechtsstreit entscheiden soll), und wird diese Bestimmung unverrückt festgehalten; so lassen sich die Folgerungen aus diesen Prämissen leicht und unwiderleglich bestimmen.

Nemlich aus dem ersten medius terminus folgt:

1. daß um dieser unmittelbaren Einheit der Rechts- und Sachverhältnisse jeder Rechtsstreit ein Moment enthält, welcher an sich außer der Kenntniß des Richters (der nach seinem Begriffe nur das als Gesetz existirende Recht zu kennen hat) liegt, nemlich das factische Moment;

2.

2. daß also der Richter, um einen Rechtsstreit zu entscheiden, zuvörderst Kenntniß von den thatsächlichen Verhältnissen, welche der Grund der einerseits behaupteten und andrerseits bestrittenen Rechte seyn sollen, erhalten muß;

aus dem zweiten medius terminus aber:

3. daß demnächst bestimmt werden muß, was den eigentlichen Streitpunkt ausmacht: ob die Thatsachen, oder die rechtlichen Folgen, oder beides zugleich streitig sey (die Regulirung des status causae et controversiae *);

und aus der ersten Folgerung ergiebt sich:

4. daß endlich, wenn Thatsachen streitig sind, dieser an sich außer der Sphäre des Richters liegende Streit erst in seine Sphäre übersetzt werden muß; so nemlich, daß ihm entweder die Möglichkeit gegeben wird, auf die Bewandniß der streitigen Thatsachen zu schließen **), oder daß diese auf solche Verhältnisse zurückgeführt werden, unter welchen sie unmittelbar von dem Gesetz als seyend bestimmt sind ***).

Aus jenen Prämissen folgt also allerdings zwar die Nothwendigkeit eines Verfahrens, um die Rechtsstreitigkeiten durch richterlichen Spruch entscheiden zu können, es ergeben sich auch aus denselben die wesentlichen Momente dieses Verfahrens, nemlich: Darlegung des Sachverhältnisses, Regulirung des status causae et controversiae und Beweis der streitigen Thatsachen; aber dasjenige, was aus ihnen deducirt werden sollte — durch welches thätige Element diese Bedingungen und Voraussetzungen der richterlichen Entscheidung gewonnen werden müssen, und daß die richterliche Thätigkeit als dieses Element zu bestimmen sey — dies folgt aus ihnen nicht.

---

*) Vgl. Beilage II. über die Nothwendigkeit des stat. caus. et controv. zur richtigen und zweckmäßigen Bestimmung des Streit- und Beweispunktes.

**) Die Grundbestimmung des Beweises; denn nicht in der Aussage der beiden Zeugen liegt an sich der Beweis, sondern in dem Schlusse, daß, weil zwei unparteiische Zeugen mit gesunden Sinnen eine Thatsache bekunden, diese in der That existirt haben werde.

***) Die praesumtiones juris.

Aber nicht allein dies; die Bestimmung der Untersuchung der Thatsachen zu einer integrirenden Function des Richteramtes steht sogar in gradem Widerspruche mit jenen Sätzen, die sie haben vermitteln sollen.

Wenn nemlich im §. 5. bestimmt wird, daß in jedem Prozesse untersucht werden müsse, welche Thatsachen dabei zum Grunde liegen, und wie sich dieselben nach der Wahrheit verhalten, und §. 6. den Richter mit dieser Untersuchung deshalb beauftragt, weil er vom Staate dazu geordnet sey, den Rechtsstreit durch richtige Anwendung der dabei zum Grunde liegenden Thatsachen zu entscheiden; so ist dabei offenbar die Voraussetzung gemacht, als ob die Wahrheit und Gesetzlichkeit des richterlichen Urtheils an sich nothwendig davon abhänge, daß seine factische Grundlage demjenigen Verhalten der Thatsachen, wie es sich gestaltet hatte, ehe über das Rechtsverhältniß Streit entstand, durchaus und in allen Beziehungen adäquat sey. — Dieser Voraussetzung wird eben durch jene Prämissen und besonders durch das erste Axiom widersprochen.

Denn durch dasselbe ist der Character des bürgerlichen Rechtsstreites dahin bestimmt, ein Streit inter privatos und über ein privatum zu seyn. Sind es aber nur Einzelne als solche und ein Einzelnes als solches, wo der Richter competent ist, so hat ein solcher Streit auch die Natur des Einzelnen: er hat einen durchaus positiven, in sich nicht nothwendigen und an sich zufälligen Grund, äußerliche Umstände, thatsächliche Verhältnisse. Wenn also der Streit rein im Gebiete der Particularität sich hält, so ist es eben so gleichgültig für die absolute Wahrheit und Gerechtigkeit des Urtheils, welche Thatsachen als Basis des Rechtsstreites angesehen werden müssen, als die Gestaltung des thatsächlichen Nexus an sich zufällig und nur von äußerlichen Umständen bedingt war. Weder so noch anders haben sie einen Anspruch auf Wahrheit in der That; und dadurch, daß die Thatsachen anders existirt haben, als ihre Existenz im richterlichen Urtheile angenommen werden mußte, kann daher das Urtheil an seinem absoluten Werthe nicht das geringste verlieren. — Insofern also der Grund des

Rechtsstreites durchaus particulär ist, hat er kein allgemeines Interesse, und ist daher auch nicht für den Richter, diesen Vertreter des allgemeinen Interesses im Gebiete des Rechtes. Als particulärer kann er nur im Interesse der Particulären, der im Prozesse begriffenen Einzelnen seyn. Ist er aber nur in ihrem Interesse, so fällt auch alle Thätigkeit, welche sich auf die Vorbereitung des Urtheiles bezieht, nothwendig und allein ihnen anheim. Sie haben die Thatsachen anzugeben, in welchen sie ihre Behauptungen gründen, sie haben den Beweis der bestrittenen Umstände zu führen; und so wie es anfänglich in ihrer Willkür stand, nach Maaßgabe ihrer sonstigen Verhältnisse, Rechtsgeschäfte einzugehen, und deren thatsächlichen Nexus in den Schranken des Rechtes zu gestalten; so muß ihnen eine gleiche Willkür in demselbigen Maaße bei dem Vorbringen der Thatsachen im Prozesse gestattet seyn.

Nur um diese Freiheit im Vorbringen und Beweisen der Thatsachen vor Hindernissen durch seine öffentliche Macht zu schützen einerseits, und andrerseits insofern er von den Parteien Vollständigkeit und Schlüssigkeit in ihren Vorträgen fordern muß — weil ja diese nur zum Zwecke des Urtheils und der Constatirung seiner factischen Grundlage geschehen — hat der Richter in dieses Verfahren einzugreifen; insofern aber das vorgetragene Sachverhältniß jenem allgemeinen Erfordernisse der Vollständigkeit und Schlüssigkeit entspricht, so fern es diesen Stempel der formellen Wahrheit an sich trägt, hat der Richter nichts als diese Vorträge der Parteien zu beachten, und nur sie seinem Urtheile zum Grunde zu legen. —

So also folgt aus den allgemeinen Grundsätzen des §. 1 bis 4. der Einleitung — von der im ersten Satze ausgesprochenen Natur des Gegenstandes des Civilprozesses ausgegangen, in der That ein ganz anderes und demjenigen, welches aus diesen Prämissen hatte hergeleitet und gerechtfertigt werden sollen, grade entgegengesetztes Princip der Procedur.

Aber da aus diesen Prämissen, welche grade die Grundverhältnisse enthalten, von welchen bei Bestimmung des prozessuali-

schen Verfahrens doch zunächst ausgegangen werden muß, und die, wie es scheint, dabei allein in Betracht kommen können — nemlich die Natur des Rechtsstreites und seines Gegenstandes, so wie der Zweck des Prozesses — da aus diesen Prämissen das Untersuchungsprincip nicht hergeleitet werden kann; sollte dadurch nicht auch bewiesen seyn, daß dieses Princip nicht bloß so, wie es in der Einleitung zur Gerichtsordnung entwickelt worden ist, sondern an und für sich jeder Grundlage und des Zusammenhanges mit den Grundbegriffen des Rechtes entbehre, daß es in der That grundlos und ein reines Postulat sey?

So muß es allerdings erscheinen, wenn dieses Princip allein aus dem privatrechtlichen Gesichtspunkte beurtheilt werden könnte, wenn überhaupt dieser Gesichtspunkt der einzige wäre, welcher bei Bestimmung der Principien für die Prozeßgesetzgebung in Frage gezogen werden dürfte. Allein eben dadurch, daß das Recht streitig geworden, daß es zum Prozesse gekommen ist, und aus diesem Prozesse und dem Zwiespalte der besonderen Interessen nur durch das vermittelnde Hinzutreten des allgemeinen Interesses wiederhergestellt werden kann, ist es aus seinen einzelnen und privaten Beziehungen heraus, und in unmittelbaren Bezug auf das Allgemeine getreten; das Verhältniß des Rechtes zum Staate eben daher dasjenige, von welchem die Gesetzgebung ausgehen muß.

Und grade in diesem Verhältnisse hat das Untersuchungsprincip seinen Grund und seine Wurzel. —

Wir sind bei den bisherigen Betrachtungen — eben weil sie nur jene ersten Sätze zur Gerichtsordnung zu erörtern und deren Consequenzen zu entwickeln hatten, wir an ihren Inhalt also gebunden waren — davon ausgegangen, daß der Staat an und für sich nur insofern ein Interesse bei den bürgerlichen Rechtsstreiten habe, daß sie nicht durch Selbsthülfe ausgeglichen, sondern vor die, zu ihrer Entscheidung eingesetzten Gerichte, gebracht würden; daß aber die einzelnen Rechtsstreite und deren Führung bei dem Gerichte dem Interesse der Privaten ganz anheimgegeben sey. Allein da die Gerichte den Rechtsstreit nicht beliebig, sondern nach dem Gesetze zu entscheiden haben; so folgt, daß nicht

nur die der öffentlichen Ruhe und Ordnung, wenn die Selbsthülfe erlaubt wäre, drohende Störung, sondern die in dem Rechtsstreite selbst liegende Verletzung des Gesetzes und deren Aufhebung das Motiv zur Institution der Gerichte gewesen ist. Wenn aber die Aufrechterhaltung des Gesetzes demnach im Interesse des Staates liegt, und wenn, wie es in der That der Fall ist, das Recht die substantielle Grundlage des Staates ist, und es sein eigenes Interesse fordert, daß das Recht in ihm existire und gelte; so scheint aus diesen Prämissen noch ein Mehreres, als die bloße Institution der Gerichte gefolgert werden zu müssen. Denn das Recht existirt nur in den einzelnen Rechtsverhältnissen der Individuen im Staate; in allen den mannichfaltigen Verträgen, die sie unter einander abschließen, in dem täglichen Wechsel des Eigenthums und des Besitzes wird das im Gesetze nur als Begriff seyende Recht erst wirklich existent. Ist also das Recht als existirendes im Interesse des Staates, so sind es nothwendig auch alle Verhältnisse der Individuen, die einen rechtlichen Bezug haben, insofern, daß das Recht in ihnen, so wie es nach dem Gesetze bestimmt ist, zur Existenz komme, und in dieser unangetastet bleibe. Bricht nun ein Rechtsstreit aus, und kommt es durch die Klage zur Kunde des Staates, daß eine der Existenzen des Rechtes gefährdet sey; so kann, damit diese Gefahr oder die bereits erfolgte Verletzung des Rechts wirklich aufgehoben werde, nicht dabei stehen geblieben werden, was die unmittelbar Betheiligten als Grundlage des streitigen Rechts ansehen, und angeben zu müssen glauben, sondern es kommt darauf an, wie das Rechtsverhältniß *wirklich* existirt habe, weil eben diese Existenz, und nur sie allein, als *Existenz des Rechtes*, im Interesse des Staates ist, und daher auch *nur diese* als existirend und geltend durch sein Urtheil gesetzt werden kann: der Richter, als der Vertreter des Staates, muß daher nothwendig bei jedem Rechtsstreite untersuchen, welche Thatsachen dabei zum Grunde liegen, und wie sich dieselben nach der Wahrheit verhalten. —

So wie aber aus dieser Ansicht von dem Verhältnisse und dem Interesse des Staates an den Rechtsstreiten die Untersu-

chungsmaxime nothwendig hervorgeht, ebenso nothwendig wird man, wenn von der Untersuchungsmaxime aus auf ihren Grund geschlossen wird, auf diese Ansicht geführt: denn wenn der Richter das thatsächliche Verhältniß untersuchen soll, so setzt dies ein Interesse an dem wirklichen Verhalten der Thatsachen voraus; muß aber der Richter dafür interessirt seyn, so muß auch, da der Richter nur Repräsentant des Allgemeinen, des Staates ist, das einzelne Recht und sein thatsächliches Verhältniß im Interesse des Staates liegen. —

Daher ist denn dieses unmittelbare Interesse des Staates an den Rechtsverhältnissen der Bürger die eigentliche und wahrhafte Grundlage des Untersuchungsprincipes. Nur in diesem seinem innersten Grunde kann es wahrhaft beurtheilt, nur wenn dieser Grund als unwahr aufgezeigt werden kann, es selbst wahrhaft widerlegt werden.

Es fragt sich also: ob jene Ansicht von dem Verhältnisse des Staates zum Rechte Wahrheit habe; ob darum, weil das Recht im Staate ist, und in ihm gelten muß, weil es also an sich im Interesse des Staates ist, auch seine einzelnen Erscheinungen für den Staat seyen, und ob nur dann, wenn ihre äußerliche Existenz die Basis in dem Urtheile ist, welches der Staat durch seine Richter über die Rechtsverhältnisse der Individuen spricht, das Recht als wahrhaft verwirklicht betrachtet werden könne? Oder, um diese Frage mit den sonst für sie gebrauchten Worten zu bezeichnen: ob der Richter materielles oder nur formelles Recht zu sprechen habe?

Ebenso nemlich, wie unmittelbar aus einem Interesse des Staates an dem Rechte in seinen einzelnen Erscheinungen die Untersuchungsmaxime folgt, und die Untersuchungsmaxime wieder jenes besondere Interesse des Staates voraussetzt, ebenso ist die Forderung, daß der Richterspruch materielles Recht enthalten solle, durchaus identisch mit der Forderung, daß der Richter das Sachverhältniß selbst untersuchen solle: denn in der vollkommenen Übereinstimmung der factischen Grundlage des Urtheils mit der äußerlichen Existenz der in Frage stehenden Thatsachen liegt eben

dasjenige, was man materielles Recht nennt, und die Untersuchung des Sachverhältnisses durch den Richter hat keinen andern Zweck, als jene Übereinstimmung herbeizuführen; ist also jene Forderung eines materiellen Rechtes begründet, so ist auch die Untersuchungsmaxime begründet, ist aber jene unbegründet, so ist es eben so sehr auch die Untersuchungsmaxime *).

*) Alle, welche die Untersuchungsmaxime wissenschaftlich zu begründen, und als nothwendiges Princip zu rechtfertigen versucht haben, sind daher nothwendig zu der Idee eines materiellen Rechtes, zu der Ansicht, daß die einzelnen, bestimmten privatrechtlichen Verhältnisse in ihrer unmittelbaren Existenz an und für sich wahr und wirklich seyen, geführt worden, und von der Verwirklichung dieses materiellen Rechtes, die allein wahre Realisation des Rechtes darin erkennend, als dem höchsten Zwecke des Staates und dem höchsten Gesichtspunkte für die Prozeßtheorie in ihren Demonstrationen ausgegangen. (Vgl. Zum Bach vollständige Gegeneinanderstellung §. 1. 3. Gräwell Commentar zur Gerichtsordnung B. I. §. 5. S. 22. und Recension des ebengedachten Werkes in der Allg. Litt. Zeit. von 1823. No. 263. Puchta Beiträge 2c. Th. I. S. 28. 50.) Am bestimmtesten ist aber die jener Idee zum Grunde liegende Vorstellung — daß die unmittelbaren Erscheinungen des Rechtes in der Äußerlichkeit an sich wirkliche Existenzen des Rechts sind, die daher als solche, in ihrer Unmittelbarkeit anerkannt zu wissen, und ihre Verletzungen aufzuheben, unmittelbar im Interesse des Staates liege — von Zum Bach aufgefaßt, und in ihren Consequenzen ausgesprochen worden.

Die folgenden seiner Deduction entnommenen Sätze werden dies bestätigen, und zugleich als Belege für die obige Entwickelung des Untersuchungsprincipes dienen können.

„Die aus dem Zwecke der Rechtspflege unmittelbar hervorgehende Tendenz, das Wahre und Wirkliche im Rechtsverhältnisse zu vergewissern, müsse das Hauptelement einer jeden zureichenden Prozeßordnung bilden. (S. 12.)

„Was aufrecht erhalten, was hergestellt werden soll, kann nur ein in der Wirklichkeit beruhendes Rechtsverhältniß seyn. Der erkennenden Intelligenz muß also ein in die Weltordnung (?), in die Geschichte eingereihtes, objectiv wahres (?) Sachverhältniß, um daraus das Recht zu realisiren, vorgelegt werden; es darf ebenso wenig die Sache des Willens des Klagenden allein, als jene des Willens beider streitenden Theile seyn, dem Richter alles Zusammenhanges mit der wirklichen Welt beraubte Ideen vorzuführen, aus welchen er ein Rechtsverhältniß hervortreten lassen solle.

„Wenn jeder Theil nur das, was er nach seiner individuellen Absicht durchzusetzen streben, was er seinem oft so sehr verdunkelten Gesichtspunkte nach für rechtsbegründet erachten sollte, vorbringen dürfte; so würde der darauf gegründete Ausspruch der richtenden Intelligenz, keineswegs der

So hat sich die Sphäre, in welcher das Untersuchungs-princip allein an sich gerechtfertigt werden, in welcher es sich allein als Begriff und nothwendig aufweisen kann, als die ganz allgemeine Sphäre des Begriffes des Rechtes und seines Verhältnisses zum Staate ergeben. Für die Betrachtung desselben in diesem rein theoretischen Elemente ist aber noch ein Verhältniß zu bestimmen übrig.

Weil nemlich das Untersuchungsprincip nicht ein bloßes Theorem, weil es practisch seyn soll, weil es sich zu einem System entwickelt, als dem Medium, durch welches das Recht in der äußerlichen Wirklichkeit sich bethätigen soll; so ist es auf dieselbe und deren mannichfaltige Verhältnisse wesentlich bezogen, und diese, nach ihren eigenen Gesetzen sich bestimmende, Äußerlichkeit ein für seine Entwickelung und Bestimmung Vorausgesetztes.

Dieses ihr Verhältniß zu dieser, für ihre Verwirklichung vorausgesetzten, Äußerlichkeit — ob unter deren Einfluß die Untersuchungsmaxime die Individualität ihres Principes in ihrer Entwickelung bewahren, und consequent durchführen könne; ob der Richter in Rücksicht auf jene seiner Thätigkeit vorausgesetzte und von dieser unabhängige Äußerlichkeit wirklich materielles Recht sprechen könne? — dies ist es, was wir zunächst durch die Betrachtung der Ausführung dieses Principes in dem Systeme der Gerichtsordnung zu bestimmen haben. —

---

wirklichen Welt angehören, keineswegs für den Staat die Rechtsordnung realisiren, sondern ein leeres, gehaltloses Gebild der Ideenwelt, ohne alle Cohärenz mit der Weltordnung (?) erscheinen, und schlechterdings nicht mehr Werth und Kraft haben, als irgend eine beliebige fingirte Probeaufgabe. (S. 36.)

„Man könnte schließlich die Untersuchungsmethode in Beziehung auf die Totalität der Staatsbürger auch noch dadurch rechtfertigen, wenn man diese für befugt erachtete, von dem Staate zu fordern, daß so wenig Rechtsstörungen, als möglich, in ihrem Schooße sich ereigneten, und daß, wo solche vorgefallen seyn könnten, das wahre und wirkliche Recht hergestellt, nicht aber irgend einem aus individuellen Absichten hervorgegangenen, auf trügerische Art entlockten Phantome von Recht ein Thron erbauet werde." — (S. 39.)

Zweiter Abschnitt.

Betrachtung des Untersuchungsprincipes in practischer Beziehung. — Kritik seiner Ausführung in dem Systeme der Gerichtsordnung.

Erster Abschnitt.

Über die Wirkungen des Zugeständnisses.

Wenn es das Recht und die Pflicht des Richters ist, auf den eigentlichen Grund der streitigen Rechtsverhältnisse in seinem historischen Verhalten zurückzugehen, und diesen zu erforschen; so folgt unmittelbar, daß es nicht in der Willkür der Parteien stehen dürfe, sich über das Verhalten von Thatsachen beliebig zu einigen, daß vielmehr, wenn sich im Verlaufe des Prozesses Spuren zeigen, daß sich eine Thatsache wohl anders verhalte, als die Parteien einstimmig angegeben haben, der Richter, dieses Einverständnisses ungeachtet, jenen Spuren nachzugehen, und die Wahrheit zu erforschen habe.

In der That findet sich auch für den Fall, daß das Verhalten einer Thatsache streitig ist, die ausdrückliche Bestimmung, „daß der Richter Beweismitteln, die sich aus dem Zusammenhange der Sache ergeben, und durch welche ein helleres Licht über das Factum verbreitet werden könne, auch ohne besondere Anregung der Parteien nachzugehen, und davon Gebrauch zu machen habe *);" und man könnte hiernach sich zu dem Glauben berechtigt halten, daß auch die weitere Consequenz desselben Grundsatzes angenommen, und dem Richter ein gleiches Recht zur selbständigen Verfolgung der Spuren der Wahrheit, auch wenn

*) §. 19. der Einleitung zur Gerichtsordnung. cf. §. IV. V. des Vorberichts zum corpus juris Fridericianum.

die Parteien über die Thatsachen einig sind, ausdrücklich werde gestattet seyn.

Im Gegentheil ist aber das Zugeständniß zu einem vollständigen Beweismittel erhoben, von dessen Folgen der Gestehende sich nur durch den Beweis des Gegentheils und des Irrthums, der ihn zum Geständnisse veranlaßte, befreien kann*); — selbst das Geständniß eines Bevollmächtigten ist, wenn er auch wider seine Instruction gehandelt hätte, ohne jene Beweisführung unumstößlich**); und auch dann ist das Zugeständniß die einzige Norm für den Richter, wenn selbst die sonstigen, von der Bewandniß der Sache vorhandenen, Nachrichten damit im Widerspruch stehen, da nur im Fall das Geständniß widerrufen, und der Gegenbeweis eingetreten ist, jene widersprechenden Nachrichten, als diese Beweisführung unterstützend, beachtet werden sollen***).

Sieht man freilich darauf, daß nur Privateigenthum den Gegenstand der Civilprozesse bildet, daß nach dem Privatrechte ein Jeder über sein Eigenthum frei verfügen kann, und daß er nur deshalb Eigenthümer einer Sache oder eines Rechtes ist, weil er über dieselben unbedingt disponiren kann; so ist es klar, daß ein jeder freie, selbständige und zu seinen Jahren gekommene Bürger, wie im allgemeinen, so auch innerhalb des Prozesses seine Rechte aufgeben oder ändern könne; und in dieser Beziehung erscheint jene Bestimmung und die gestattete Befugniß des freien Verzichtes nicht nur als consequent, sondern auch als ganz nothwendig.

Allein mit dem Principe des preußischen Prozesses, daß der Richter materielles Recht sprechen, und die Wahrheit erforschen solle, ist dies durchaus unvereinbar, durch diese Annahme der Beweiskraft des Zugeständnisses in der That seinem Principe

---

*) §. 27. 82. 83. 85. A. G. O. Th. I. Tit. 10. §. 27. Th. III. Tit. 3. cf. §. 9. Th. I. Tit. 10. §. 7. 8. 9. 13. Th. IV. Tit. 6. c. j. F.

**) §. 87. A. G. a. a. O. cf. §. 9 c. j. F. Th. IV. Tit. 6.

***) §. 88b. A. G. O. a. a. O.

widersprochen *), und eine Antinomie gesetzt, die nur darin ihre Auflösung findet, daß entweder dieses Princip unwahr seyn, oder jener Grundsatz, auf welchem die Beweiskraft des Zugeständnisses beruht, als unbegründet sich zeigen muß, daß also entweder jenes Princip oder die bindende Kraft des Zugeständnisses verworfen werden muß. —

Zweites Kapitel.

Über die Folgen des Ungehorsams.

Wenn der gehörig vorgeladene Beklagte in dem Termine zur Beantwortung der Klage nicht erscheint, oder sich auf dieselbe einzulassen beharrlich weigert, so wird er der in der Klage enthaltenen Thatsachen für geständig erachtet; und nach der Einlassung hat jeder Ungehorsam des Klägers und des Beklagten die Folge, daß jede streitige Thatsache, bei deren Erörterung ein solcher Ungehorsam sich äußert, für zugestanden oder nicht angebracht, so wie es dem Ungehorsamen nachtheilig ist, erachtet wird **).

Mit dem Principe der Gerichtsordnung stehen aber diese Folgen des Ungehorsams in keinem Causalverhältniß. Denn da der Richter von Amtswegen das Sachverhältniß ermitteln soll, da ferner auch jede Partei die von ihr behaupteten Thatsachen zu beweisen hat; so könnte der Ungehorsam der anderen Partei nur dann diese Folge haben, wenn dadurch der Richter in seiner Thätigkeit und die erschienene Partei in ihrer Rechtsverfolgung wirklich gehindert würde: nur alsdann wäre jene Fiction des Geständnisses wenigstens als relativ nothwendig zu rechtfertigen.

*) Wenn nemlich das Geständniß den Beweis und die Erforschung der wahren Bewandniß der Thatsachen vertritt, so ist nicht der existirende Rechtszustand, sondern nur ein fingirter durch Litiscontestation gebildeter Rechtszustand die Grundlage des richterlichen Urtheils; aber nur der erstere, die unmittelbare äußerliche Existenz soll nach dem Principe dessen Basis seyn.

**) Einl. zur G. O. §. 14. Th. I. Tit. 8. §. 9 u. fg. Tit. 9. §. 44.

Allein dies ist nicht der Fall; da jede Partei ihre Behauptungen sofort mit Beweismitteln zu belegen hat *), so hat der Richter unmittelbar durch diese Stoff für seine Thätigkeit und Mittel zur Erforschung der Wahrheit; diese zu benutzen, ehe er sein Instructionsgeschäft abschließt, zeigt sich aber schon aus dem allgemeinen Principe als Pflicht des Richters, und ist auch als solche für alle übrigen Fälle ausdrücklich anerkannt worden **).

Jene Folgen sind also in der That keine nothwendigen Folgen des Ungehorsams; sie zeigen sich vielmehr als eine ganz äußerliche, positive Bestimmung, als eine Strafe ***) der Nichtachtung der richterlichen Befehle. Diese richterlichen Befehle haben aber keinen andern Zweck, als, die vollständige und historisch treue Ermittelung des Sachverhältnisses zu bewirken; mit diesem ihrem Zwecke müssen daher auch nothwendig die Strafen ihrer Nichtachtung im Verhältnisse stehen. Indem aber auf den Ungehorsam die Strafe des Eingeständnisses und des Verzichtes gesetzt ist, indem also die einseitigen Behauptungen ohne Untersuchung für wahr angenommen werden; so widerspricht diese Strafe sowohl ihrem Grunde als ihrem Zwecke, sie hebt die Erforschung des Sachverhältnisses selbst auf, um den Versuch einer Partei, diese Erforschung zu verhindern oder zu verzögern, zu strafen; und es wird so in dieser Strafbestimmung grade dasjenige als möglich vorausgesetzt, was im Principe geläugnet und verworfen ist, daß nemlich das thatsächliche Verhältniß durch Litiscontestation gestaltet, und in dieser Gestalt die alleinige Basis des richterlichen Urtheils werden könne.

Ja, ist das Princip des preußischen Prozesses, daß nur das materielle Recht gelten, und nur dieses durch den Richterspruch

---

*) Einl. zur G. O. §. 25. Th. I. Tit. III. §. 5. Tit. IX. §. 4.

**) Einl. §. 20.
Das Princip des preußischen Prozesses würde also grade die gemein rechtliche Folge des Ungehorsams, die Annahme der negativen Litiscontestation, rechtfertigen lassen.

***) §. 15. Einl.

zur Existenz kommen solle — ist dieses Princip wahr; so ist durch jene Strafen das materielle Recht, und zwar um der Verletzung einer Prozeßform, also des nur formellen Rechtes willen, positiv verletzt, und die Ausführung jenes Principes in allen Fällen, wo von irgend einer Partei ein Ungehorsam begangen ist, positiv unmöglich gemacht.

Geht man aber von dem Principe des gemeinen Prozesses aus, daß nur die Parteien bei den Rechtsstreiten interessirt seyen, und deshalb allein auch dabei thätig seyn müssen, und das thatsächliche Material zur Entscheidung des Prozesses zu beschaffen haben; so sind jene Contumacialfolgen nicht bloß etwas rein Positives, eine Strafe *), sondern sie sind in der That nothwendige und unmittelbare Folgen des eigenen Verhaltens der Parteien.

Denn vorausgesetzt — und diese Voraussetzung ist begründet in dem Begriffe der Person und des Eigenthums — daß ein Jeder sein besonderes Interesse wahrnehmen werde (vigilantibus, sagt deshalb das Gesetz, jura sunt scripta); vorausgesetzt, daß jedes Verhalten einer Person, als einer Freien, in ihrem Willen seinen Grund habe, und daher absichtlich geschehen sey; da ferner unter dem Gesetz nur das Gesetz, als der objectiv gesetzte allgemeine Wille, und was das Gesetz will, die Norm für das Wollen der Einzelnen und für die Beurtheilung ihres Wollens seyn kann, und demgemäß endlich von der Voraussetzung ausgegangen werden muß, daß ein Jeder sein Recht nur durch rich-

*) Von dem Gesichtspunkte der Strafe aus, ist es durchaus unmöglich, irgend einen dem Ungehorsame gedrohten materiellen Nachtheil als consequent, geschweige als gerecht zu rechtfertigen. Deshalb konnte auch Mittermaier (a. a. O. Beitrag II. S. 129.) in dieser Beziehung das preußische Contumacialsystem allerdings widerlegen; aber dieselben Gründe widerlegen auch das von ihm verfochtene gemeinrechtliche Contumacialsystem. Denn der Verlust der Einreden ist ebenfalls ein materieller Nachtheil, und zwar in allen Fällen, wo der Beklagte nur Einreden hat, den Klagegrund aber zugestehen muß, derselbe, welchen das preußische Recht verhängt; und wenn er auch in den anderen Fällen geringer ist, so kann dieses quantitative Verhältniß, wäre es auch noch so günstig, die in der Qualität dieser Strafe liegende Incommensurabilität doch nicht aufheben. —

terliche Entscheidung und in den dafür gesetzlich vorgeschriebenen Formen geltend machen, und erhalten wolle: unter diesen Voraussetzungen ist das Nichterscheinen oder Nichterklären einer Partei in einem zur Begründung ihrer Gerechtsame in thatsächlichen Verhältnissen bestimmten Termine oder in einer ihr dazu gesetzten Frist in der That nichts anderes, als: die Erklärung, daß sie an Thatsachen weder Neues noch den Behauptungen ihres Gegners Widersprechendes der richterlichen Entscheidung zu suppeditiren habe, und suppeditiren wolle, und vielmehr, was die Thatsachen anbetreffe, den Anführungen der anderen Partei überall beistimme *). —

---

*) v. Gönner in seinem Entwurfe zu einem Gesetzbuche (in den Motiven S. 207. 332 u. fg.) hat ebenfalls die Auslegung der Handlungen der Parteien als die einzige Basis für die Bestimmung der Folgen des Ungehorsams anerkannt, und als den nächsten Grund das Princip aufgestellt, daß das Zugeständniß gültig auch allgemein und stillschweigend geschehen könne. Daß die Chicane aber dann durch ausdrückliche Erklärung des Dissenses die hierauf begründeten Contumacialfolgen vereiteln könne, dieser Einwurf Martin's (Lehrbuch des gem. deutschen bürgerlichen Prozesses. 8te Aufl. §. 117. Note 9.) erledigt sich dadurch, daß niemals ein Dissens die aus dem Consense, mag er durch Worte oder durch Handlungen ausgesprochen seyn, für Andere entstandenen rechtlichen Folgen abzuwenden vermögend ist. Wenn v. Gönner aber selbst in dem Commentare zum baierischen Gesetze vom 22. Juli 1819 (S. 90 u. fg.) von jener Ansicht abgewichen ist, und das gemeinrechtliche System vertheidigt; so ist dies aus den Rücksichten zu erklären, die bei einer bloß particulären Reform, welche die Novelle vom 22. Juli 1819 nur zum Zwecke hatte, auf die bestehenden Verhältnisse genommen werden mußte (s. S. 100.), und daß, grade um dieser Rücksicht willen, etwas als wirkliches in der Natur der Sache liegendes Hinderniß für die Annahme jener Ansicht erscheinen konnte, was in der That nur in einem Fehler der Gesetzgebung oder in der Nachlässigkeit der Richter oder in der Ungeschicklichkeit der Advocaten seinen Grund hat — daß nemlich die Unvollständigkeit und Ungenauigkeit, die Verdrehungen und Subtilitäten in den Prozeßschriften als ein nothwendiges und nicht zu beseitigendes Übel vorausgesetzt wurden (s. S. 93., vgl. Mittermaier a. a. O. S. 131. u. im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. III. S. 224.)

Puchta (über die bürgerliche Rechtspflege und Gerichtsverfassung Baierns S. 47.) hat dies ausführlich bewiesen, und durch die (S. 50 u. fg. enthaltene) treffende Widerlegung der Gründe, welche v. Gönner bewogen hatten, den Verlust der Einreden erst auf den zweiten Ungehorsam zu ver-

So, als der eigene, aus der consequenten Interpretation ihrer Handlungen sich ergebende, Wille der Parteien, wären die preußischen Contumacialfolgen vollkommen begründet und absolut gerechtfertigt — wenn anders ihre nothwendige Voraussetzung, daß nemlich den Bürgern die freie Disposition über ihre Rechte auch innerhalb des Prozesses zustehe, nicht nur an sich gegründet, sondern auch mit dem Principe des preußischen Prozesses zu vereinigen wäre. Allein dieses Princip widerspricht gradezu jener Voraussetzung und diese Voraussetzung jenem Principe: dasselbe Dilemma, welches sich schon in der ersten Betrachtung ergeben hat.

Drittes Kapitel.

Über die Beschränkung des richterlichen Arbitrium durch die Anträge der Parteien.

Wenn der Richter die Wahrheit von Amtswegen aufzusuchen hat, und alle sich vorfindenden Mittel benutzen soll, dieselbe auf dem sichersten Wege zu erforschen (Einl. §. 10.); so folgt als letzte und äußerste Consequenz dieses Grundsatzes, daß die Parteien, sobald der Richter einmal angerufen ist, aufhören, selbständige Thätigkeit zu haben: sie sind nur Glieder des großen Rades, dessen treibende Kraft die richterliche Thätigkeit ist, Alles, was sie anführen und verlangen, ist nur suppeditirt dem Richter, der diese Vorträge juristisch präparirt, und an dem fertigen Präparate das Daseyn des Gesetzes aufzeigt.

---

hängen (Motive S. 334.), das dem preußischen entsprechende (nur insofern, als, der Verlust aller Einreden ausgesprochen ist — vgl. §. 335. 358. 361. — während der Contumax nach preußischem Rechte noch von den privilegirten Einreden in der Executionsinstanz Gebrauch machen kann) consequentere Contumacialsystem des unter seiner Mitwirkung entstandenen Entwurfes der Prozeßordnung für Baiern (München 1825) vollständig gerechtfertigt. S. jedoch den revidirten Entwurf v. J. 1827 §. 200 u. 201.

In gleicher Weise und aus gleichen Gründen hat schon früher v. Reibnitz das preußische Contumacialsystem in sein Ideal einer Gerichtsordnung (Th. I. S. 209.) aufgenommen.

In ihrem ganzen Umfange ist diese Consequenz im §. VI. des Vorberichts zum corpus juris Fridericianum ausgesprochen. Er sagt:

Der Richter ist weder bei der Untersuchung noch bei der Entscheidung der Prozesse an die sogenannten von den Rechtslehrern erdachten genera und formulas actionum gebunden, er entwickelt vielmehr das Factum in seinem ganzen Zusammenhange, und bestimmt alsdann, bloß nach den Vorschriften der Gesetze, was für Befugnisse und Verbindlichkeiten in Ansehung beider Theile aus diesem Facto entspringen.

Die Gerichtsordnung giebt diese Vorschrift dem Richter nur in Ansehung der Instruction (§. 20. Th. I. Tit. 5.); allein mit Rücksicht auf ihr Princip und auf die ganz allgemeine Bestimmung des §. 6 und §. 21. der Einleitung — daß der erkennende Richter das Gesetz auf die ausgemittelten Thatsachen anzuwenden habe — muß consequent angenommen werden, daß der Richter auch nur das Rechtsverhältniß, wie es sich ergeben hat, zum Substrate seines Urtheils machen dürfe.

Hieraus folgt aber, daß die Anträge der Parteien etwas ganz unwesentliches sind, daß der Richter sowohl über als unter dem Antrage des Klägers, und nicht allein auf ein quantitativ, sondern auch auf ein von dem Antrage des Klägers qualitativ Verschiedenes erkennen, und den Beklagten selbst zu etwas Geringerem, als er selbst sich schuldig bekannt hatte, verurtheilen könne *).

Von

*) Eine weitere Consequenz dieser Prämissen ist denn allerdings auch die Ansicht, zu welcher Puchta in seiner Vertheidigung des Untersuchungsprincipes (Beiträge zur Gesetzgebung Th. I. S. 38.) gekommen ist; daß nemlich derjenige Richter am fähigsten sey, ein richtiges Urtheil zu fällen, der die Parteien von dem Beginnen des Geschäftes oder der Begebenheit, wodurch der Streit veranlaßt worden, genau zu beobachten Gelegenheit gehabt hätte, also Zeuge aller Umstände und Verhältnisse gewesen wäre, die zusammen den unter das Gesetz zu subsumirenden Thatbestand bilden. Die G. O. theilt aber diese Ansicht nicht, indem sie (§. 5 b. Th. I. Tit. 10.) dem Richter sogar verbietet, Thatsachen, die bloß auf seiner Privatwissen-

Von dieser Consequenz zeigt sich aber in den einzelnen Bestimmungen keine Spur, vielmehr enthalten sie das Gegentheil.

Denn zunächst wird als wesentliches Requisit der Klage und der Klagebeantwortung ein bestimmter Antrag gefordert. (c. j. Fr. Th. I. Tit. 3. §. 14. Tit. 9. §. 15. A. G. O. Th. I. Tit. 5. §. 17. Tit. 9. §. 16.). — Ferner weist die G. O. (Th. I. Tit. 5. §. 21.) den Richter zwar an, der Entwickelung der Thatsachen nachzugehen, so daß nicht bloß über den in der Klage formirten Antrag, sondern auch über den ermittelten wirklichen Anspruch des Klägers erkannt werden könne; allein der erkennende Richter darf diese Entwickelung des Factum nur secundum petitum beachten, nur dann, wenn der Kläger oder der Beklagte dieselbe benutzt, und seinen Antrag demgemäß geändert hat: ja diese Änderung ist selbst nur bis zum Schlusse der ersten Instanz erlaubt, und der Appellationsrichter schlechterdings an die in der ersten Instanz gebildeten Anträge gebunden*).

Diesem Grundsatze gemäß ist denn auch die Appellation kein beneficium commune; nur in Nebenpunkten darf der Richter auf die veränderte Lage der Sache auch zu Gunsten des Appellaten Rücksicht nehmen, wenn diese ein vortheilhafteres Erkenntniß in der Hauptsache für den Appellanten zur Folge hat; und nur, wenn der Appellat der Appellation ausdrücklich adhärirt, also immer nur in Folge eines Antrages, kann auch in der Hauptsache, wenn eine neue Instruction in zweiter Instanz erfolgt war, das erste Erkenntniß zu Gunsten des Appellaten abgeändert wer-

---

schaft beruhen, als Gegenstände der Instruction aufzustellen. Freilich erscheint dies als eine große Inconsequenz gegen jene Consequenz des Grundprincipes, freilich wird der preußische Richter dadurch in ein merkwürdiges Dilemma versetzt; allein jenes Verbot ist völlig in der Einsicht begründet, daß der Richter nur urtheilen, nicht zeugen solle, und daß, insofern er Zeuge ist, er nicht Richter seyn könne. — Aber versetzt nicht das unmittelbare Interesse des Richters und seine unmittelbare Antheilnahme an der Construction der factischen Basis des Urtheils nach der Untersuchungsmaxime ihn in ein Zeugenverhältniß, und ist daher jenes Verbot nicht an sich schon ein Argument gegen die Untersuchungsmaxime?

*) §. 22. a. a. O.

den *); und in gleicher Weise wird, damit die von einem Litisconsorten ergriffene Appellation auch den übrigen zu Statten komme, ein ausdrücklicher, wenn auch nachträglicher, Beitritt zur Appellation erfordert **).

Endlich aber müßten, wenn es in der That die Absicht gewesen wäre, den Richter nicht an die Anträge zu binden, in dem Titel von den Kosten nothwendig Bestimmungen sich vorfinden, die auf den Fall Bezug hätten, daß dem Kläger ein von seinem Antrage qualitativ Verschiedenes zuerkannt würde. Dies ist aber nicht der Fall, indem der §. 5. No. 1. A. G. O. Th. I. Tit. 23. sich augenscheinlich nur darauf bezieht, wenn dem Kläger in quanto weniger zuerkannt wird, als er gefordert hatte, wie dies denn auch §. 14. Th. I. Tit. 11. bestätigt.

Alle diese Bestimmungen beweisen also, daß der Richter an die Anträge der Parteien absolut gebunden ist ***). Aber indem er daran gebunden ist, ist er in den Fall gesetzt, sich der Ermittelung der Wahrheit des Sachverhältnisses unterziehen zu müssen, um diese zur Grundlage seiner Entscheidung zu machen, und am Ende dieselbe doch nicht seinem Urtheil zum Grunde legen zu dürfen, weil der Antrag des Klägers nicht dahin gegangen; er

---

*) §. 11. 12. A. G. O. Th. I. Tit. 14.

In dem c. j. Fr. war diese Adhäsion gar nicht gestattet (cf. §. 11. 12. Th. I. Tit. 14.), die hiedurch unvermeidlich entstehende Verletzung des materiellen Rechtes bewog die G. O. durch Gestattung der Adhäsion diesem ihrem Principe auch in diesem Punkte zu huldigen. (vgl. §. 12. a. a. O.)

**) §. 13. 14. A. G. O. a. a. O.

***) Vgl. Klein's Annalen Bd. 13. S. 320.

Nur auf Zinsen kann der Richter von Amtswegen erkennen, wenn ein gesetzlicher Grund dazu vorhanden (§. 58. Th. I. Tit. 23.); indeß ist dies nur eine Ausnahme von der oben bewiesenen Regel, aber eine Ausnahme, die doch beweist, wie sehr die G. O. überall, wo es sich nur irgend ausführbar zeigte, ihr Princip durchzuführen bemüht war.

Das Würtembergische Organisationsedict über die Rechtspflege vom 31. December 1818 (§. 76. 77.) hat sich strenger an die Consequenz des Untersuchungsprincipes gehalten, und den Richter in seinem Erkenntnisse nicht an die bestimmten Anträge der Parteien, sondern nur an deren vermuthete Absicht gebunden.

soll, um materielles Recht sprechen zu können, den eigentlichen Grund des Streites untersuchen, aber doch nicht darauf, was demnach wirklich Rechtens ist, erkennen, sondern nur auf das Recht, was der Kläger zuerkannt haben wollte, also nicht materielles, sondern nur formelles Recht sprechen.

So zeigt sich auch in dieser, wie in den früher betrachteten Beziehungen das Recht des freien Verzichtes *), die Dispositionsbefugniß der Privaten über ihre Rechte, nicht nur als ein Hinderniß für die Ausführung des Principes der Gerichtsordnung, sondern auch als ein diesem feindlicher und seine Wahrheit gefährdender Grundsatz.

Viertes Kapitel.

Über die Beschränkungen der Prozeßhandlungen in der Zeit durch Fristbestimmungen.

Ist es eine Forderung der Gerechtigkeit, daß nur das Verhalten der Thatsachen in der Wirklichkeit die Basis des richterlichen Urtheils seyn dürfe, so ist es unmöglich, für die Thätigkeit des instruirenden Richters eine Schranke in der Zeit zu setzen; sondern so lange sich Mittel zeigen zur Erforschung der Wahrheit, müssen diese benutzt werden, zu welcher Zeit sie auch zum Vorschein kommen mögen, selbst wenn bereits ein Urtheil gefällt

*) Denn in diesem Rechte des Verzichtes, daß man allerdings anerkennen müsse, gründen und rechtfertigen die Vertheidiger der Gerichtsordnung die eben betrachteten Schranken für die Ausführung ihres Principes (s. Gräwell Commentar zur G. O. Bd. I. §. 5. insbesondere S. 21. und §. 174. S. 488. Puchta Beiträge Th. I. No. II. S. 29 u. fg.); aber ob bei diesen Ausnahmen die Regel noch bestehen könne, ob man überhaupt in einer Wissenschaft, die an sich rationell ist, und in einem Systeme, das auf wissenschaftliche Begründung Anspruch macht, von Regeln und Ausnahmen sprechen könne, oder ob zwei an sich entgegengesetzte Grundsätze als gleich wirkende Elemente in einem Systeme angesehen, und, daß sie gleichgültig gegen einander jeder in seiner Sphäre, oder in ganz guter Harmonie mit einander wirken, behauptet, und von einem solchen Systeme innere Consequenz und Nothwendigkeit prädicirt werden könne: dies sind Fragen, die jene Vertheidiger nicht beantworten.

seyn sollte, da ja dieses nur in der Voraussetzung, daß die Wahrheit erforscht sey, gesprochen, oder doch nur, um dieser Voraussetzung willen, gelten konnte.

Aus diesen Gründen bestimmt denn auch §. 34. G. O. Th. I. Tit. 8.:

die Gerichte sind weder in der Zahl der in dem Laufe des Prozesses vorkommenden Termine, noch in Ansehung des für jeden Termin auszumessenden Zeitraums, in irgend einige durchaus bestimmte Schranken eingeschlossen; also daß sie weder die Parteien um bloßer Formalitäten willen übereilen, noch die hinter solchem Deckmantel sich verbergende Chicane ungestraft dulden dürfen.

Deshalb können auch in zweiter Instanz neue Thatsachen und Beweismittel angeführt werden; deshalb ist auch nach rechtskräftigem Urtheil die Ausführung gewisser Einreden noch gestattet (§. 36. I. 24.), und endlich wegen neu aufgefundener Urkunden oder Zeugen noch die Restitution zugelassen *); aus diesen Gründen ist endlich die Gerichtsordnung noch weiter gegangen, als das corpus juris Fridericianum, und hat, „dem ganzen Geiste und Zwecke des Systemes gemäß" **), die Anführung neuer Thatsachen und Beweismittel nicht nur in erster Instanz auch nach dem status causae et controversiae bis zum Schlusse des Verfahrens ***), sondern auch in einigen Fällen noch in dritter Instanz gestattet †).

Sind dies auch allerdings Zugeständnisse, welche die Prozeßordnung ihrem Principe, der Wahrheitserforschung, macht, und sind sie auch bedeutend genug, um zu beweisen, daß nur dies und nichts anderes ihr leitendes Princip sey; so sind sie doch weit entfernt, den Forderungen dieses Principes vollkommen zu entsprechen.

Zwar sind die Termine im ordentlichen Verfahren keine Fa-

*) §. 14 fg. Th. I. Tit. 16. c. j. Fr. §. 17 fg. A. G. O. Th. I. Tit. 16.

**) §. 11. Th. I. Tit. 15.

***) §. 3. Th. I. Tit. 10. vgl. mit §. 8. Tit. 10. §. 5. Tit. 12. Th. I. c. j. Fr.

†) §. 11. A. G. O. Th. I. Tit. 15. §. 6. c. j. Fr. Th. I. Tit. 15.

talien, und Prorogationen zulässig, allein im Grunde ist dies nur ein Schein; sie sind in der That peremtorisch, und die Handlungen, welche in ihnen geschehen sollten, unbedingt an sie gebunden.

Denn Prorogationen sind nur wegen wirklicher und in der Regel wegen bescheinigter und bewiesener Ehehaften verstattet; können dergleichen aber nicht angegeben oder bescheinigt werden, so wird das Prorogationsgesuch verworfen, d. h. die nicht erschienene Partei wird der Handlung, welche in dem versäumten Termine von ihr geschehen sollte — der Klagebeantwortung, der Replik, der Angabe von Beweismitteln, der Erklärung über eine producirte Urkunde, der Annahme des zugeschobenen Eides u. s. w. — verlustig. Insofern nun die Ausführung des streitigen Rechtes von der Vornahme jener präcludirten Handlungen abhing, ist also, um einer Nachlässigkeit der Partei willen, oder weil sie nur die wirklichen Hindernisse ihres Erscheinens nicht beweisen kann, das Recht selbst verloren, und der Richter abermals in den Fall gesetzt, formelles und nicht materielles Recht zu sprechen. Und ist dies nicht auch dann der Fall, wenn in dritter Instanz, ungeachtet neue Thatsachen, die auf das evidenteste beweisen, daß von einem ganz unrichtigen Gesichtspunkte bisher ausgegangen worden, angeführt und sofort durch Beibringung unzweifelhafter Beweisstücke liquide gemacht sind — der Richter dennoch von jenem unrichtigen Gesichtspunkte nicht abweichen darf *)? Und wie kann die versprochene Restitution wegen neu aufgefundener Beweismittel als eine wirkliche Beseitigung der dem materiellen Rechte drohenden Verletzungen angesehen werden, wenn ein im 11ten Jahr nach der Rechtskraft des Urtheils aufgefundenes Document nicht mehr die Restitution bewirken kann **)?

Ferner aber sind grade der wichtigsten Handlung für die Ermittelung der Wahrhei, dem Beweisverfahren, von dem Gesetze selbst, gegen seine oben angeführte Versicherung (§. 34. Th. I. Tit. 8.), peremtorische Fristen gesetzt,

---

*) Vgl. §. 17. 18. A. G. O. Th. I. Tit. 15.

**) §. 19. 27. A. G. O. Th. I. Tit. 16.

Wenn nemlich von einem Dritten, außer Landes befindlichen, Edition eines Documentes gesucht wird, oder wenn der producirte Zeuge so krank ist, daß er nicht vernommen werden kann, oder auf Reisen sich befindet, und seine Rückkehr ungewiß ist; so wird dem Producenten eine nach den Umständen abgemessene Frist, aber niemals über 6 Monat, gesetzt, bis zu deren Ablauf das Document herbeigeschafft, oder der Zeuge gestellt werden muß; widrigenfalls die Instruction geschlossen, und auf diese Beweismittel für diese Instanz keine Rücksicht genommen, und nur die Restitution dagegen zugelassen wird *).

Und wenn endlich die Nothwendigkeit von Rechtsmitteln anerkannt werden muß, weil der Richter sich irren und fehlen könne **), so ist eben sowohl die Bestimmung von Fatalien für die Ergreifung der Rechtsmittel als auch die Beschränkung des Instanzenzuges mit dem Principe der Gerichtsordnung unvereinbar und eine Verletzung des materiellen Rechtes, welches allein realisirt werden sollte.

Aber die Ruhe und Ordnung in der bürgerlichen Gesellschaft — so motivirt die Einleitung §. 65. §. 9. jene Beschränkungen — gestatte es nicht, die Prozesse zu verewigen, und das gemeine Beste erfordere vielmehr ihre Abkürzung ***). Allerdings ist diese Rücksicht auf das allgemeine Beste nothwendig, aber indem diese Motive als Grundsatz für die Anordnung des Verfahrens anerkannt werden mußten, ist ein zweites, seinem höchsten Principe feindseliges und demselben an sich widersprechendes, Element in das System der Gerichtsordnung aufgenommen. Der Widerspruch dieser Elemente ist an den betrachteten Bestimmungen, die, um sowohl jenem Principe als diesem Grundsatze zu entsprechen, weder den Anforderungen jenes Principes noch dieses Grundsatzes genügen, vollständig aufgezeigt worden.

---

*) §. 107. 225. 226. Th. I. Tit. 10. vgl. §. 26. Th. I. Tit. 16.

**) Einl. §. 56.

***) Einl. §. 10.

Fünftes Kapitel.

Über die Beweistheorie.

Das Princip unserer Gerichtsordnung und die durch dasselbe gesetzte Pflicht des Richters, die Wahrheit des thatsächlichen Grundes des Rechtsstreites zu erforschen, findet aber drittens an der eigenen Natur des Gegenstandes jener richterlichen Thätigkeit ein unbesiegliches Hinderniß, und grade da, wo es sich recht eigentlich bewähren sollte, im Beweisverfahren, zeigt sich die Unmöglichkeit seiner Realisirung.

Jenes Princip vorausgesetzt kann unter dem Beweise nur das Resultat jener amtlichen Thätigkeit des Richters, die ermittelte Wahrheit, verstanden werden. Um aber zu bestimmen, wenn dieses Resultat vorhanden, wenn der Beweis geführt sey, muß nothwendig die Natur des zu beweisenden Gegenstandes in Frage gezogen, und das, was in jenem Principe vorausgesetzt ist — ob dieser Gegenstand überhaupt Wahrheit habe, erst näher geprüft werden. Aber unmittelbar dadurch, daß zugegeben werden muß, die factische Grundlage der streitigen Rechte müsse bewiesen werden, eben dadurch, daß ein Beweisverfahren für nöthig befunden wird, ist jene Frage schon beantwortet.

Denn was des Beweises bedarf, bedarf es nur insofern, als es sowohl so, als anders seyn, als es nicht nur eine, sondern auch eine andere Existenz haben kann, als es in sich nicht nothwendig ist; also nur das Zufällige und Unwahre. Es sind daher die Thatsachen, welche innerhalb des Prozesses in Betracht kommen, nur äußerliche Umstände, ein Gegenstand aus dem Reiche der Endlichkeit, der Bedingtheit und Abhängigkeit, — der Beweis derselben also nicht eine Erforschung ihrer Wahrheit an sich, sondern nur eine Beglaubigung, daß ein Umstand in der behaupteten Weise in der äußerlichen Wirklichkeit existire, oder existirt habe.

Ist aber eine absolute Beglaubigung eines solchen äußerlichen Umstandes zu bewirken möglich? Diese weitere Frage muß

aber ebenfalls verneint werden. Aus demselben Grunde nemlich, warum sie bewiesen werden müssen, um ihrer zufälligen Natur willen, sind diese Thatsachen auch eben so sehr nicht beweisbar. Denn, indem sie an sich zufällig sind, und nur eine äußerliche von mannichfaltigen äußerlichen Verhältnissen bedingte Existenz haben, ist es eben so zufällig, ob diese ihre Existenz für einen Dritten, für das Gericht, reproducirt werden könne, und ob die reproducirte Gestalt mit jener äußerlichen Existenz wesentlich identisch sey. Als zufällige Umstände können sie nemlich nicht an sich, sondern nur an Anderem, auf welches sie in ihrer Existenz bezogen waren, beglaubigt werden, also nur durch das Gesetz der Causalität; aber indem es äußerliche Objecte sind, die in diesem Causalnexus stehen, ist das Producirte eben so äußerlich und gleichgültig gegen das Producirende, als es von diesem auch nur äußerlich producirt war *). Eine nähere Betrachtung wird dies noch bestimmter erkennen lassen.

Die zu beweisende Thatsache ist als Äußerliches endlich und vergänglich; sie kann daher im Augenblick des Rechtsstreites noch existiren, oder nicht mehr existiren.

Im ersteren Falle ist es aber, da sie nur an Anderem ihre Beglaubigung finden kann, und ihre Beziehung auf dieses an sich nur eine äußerliche ist, zufällig, ob diese Beziehung eintritt, ob dieses Andere für den ursächlichen Einfluß jener Existenz empfänglich ist. (z. B. Sinnentäuschung oder auch absichtlich andere Ansicht der den Augenschein einnehmenden Personen).

Im letzteren Falle aber kann sie nur durch Anderes, welches zur Zeit ihrer Existenz gleichfalls existirte, und mit ihr in Beziehung stand, beglaubigt werden. Allein hier zeigt es sich als zufällig: 1. ob das, was mit ihr in Relation stand, bekannt ist, und ermittelt werden kann, und wenn dieses bekannt ist, 2. ob dasselbe jene Relation in sich aufgenommen hat (der Zeuge

---

*) Die Causalität ist zwar an sich teleologisch, aber sie ist es nur für das (denkende oder setzende) Subject, für das Object ist sie blind und ein äußerliches Gesetz.

hat die Einzelnheiten des Vorfalles, bei dem er zugegen war, nicht beachtet, in der Urkunde ist grade der streitige besondere Umstand des Sachverhältnisses übergangen); oder 3. ob jene Relation in ihm noch haftet (der Zeuge hat den Umstand vergessen); und, da dies Andere, selbst ein Endliches und gegen diese Relationsverhältnisse an sich äußerlich ist, 4. ob es überhaupt noch existirt; 5. ob es auch grade die zu beweisende Thatsache ist, auf welche es bezogen ist, und nicht eine andere; und 6. ob auch die aufgenommene und in ihm erhaltene Relation identisch ist mit dem unmittelbaren Causalverhältniß (die Urkunde ist unrichtig gefaßt worden, der Zeuge hat sich getäuscht, oder giebt absichtlich vor, etwas gesehen zu haben, was er nicht gesehen hat). —

So ist also der Beweis von Thatsachen etwas durchaus relatives und bedingtes, ein Fortgehen an Bedingtem, das, zum Progresse ins Unendliche führend, und nie sich selbst schließend, nur außer ihm, nur in der subjectiven Überzeugung sein Ende finden kann; er ist also an sich nichts objectives, sondern, wie er nur für das Subject ist, auch an sich nur subjectiv.

Dieses Ergebniß — daß für Thatsachen niemals ein objectiver Beweis geführt werden könne — zeigt aber auch evident, daß die Gerichtsordnung, indem sie das richterliche Urtheil nur auf das wirkliche Verhalten der Thatsachen in der Existenz gegründet wissen will, ein Princip sich gesetzt hat, dessen Realisirung zwar möglich, aber als nur möglich eben so sehr auch nicht möglich, also nur zufällig ist, und daher wirklich (d. h. absolut gewiß) nicht erreicht werden kann.

Es zeigt aber ferner, daß der Richter, indem er die Wahrheit erforschen soll, niemals diese seine Pflicht wirklich erfüllen, und sich zu ihr in seiner Thätigkeit nur approximativ verhalten kann.

Nur wenn die Gerichtsordnung den Beweis so, wie er sich eben ergeben hat, wesentlich subjectiv zu seyn, und die Wahrheit, welche erreicht werden sollte, als die vollständige, aber in ihrem letzten Grunde nur subjective, Überzeugung des Richters bestimmte, wenn sie das, was für wahr und bewiesen anzunehmen, dem Richter überlassen hätte, allein nach seiner Überzeugung, nach

Pflicht und Gewissen zu entscheiden — nur so wäre es möglich gewesen, jenen Widerspruch zwischen dem Sollen und Können aufzulösen, und, wenn auch nicht das Grundprincip wirklich zu realisiren, doch wenigstens die Thätigkeit des Richters mit seiner Pflicht in Einklang zu setzen. Ja, wenn man beachtet, daß der Richter Organ des Gesetzes ist, daß die Thatsachen nur für das Recht und Gesetz zu beglaubigen sind; so muß die subjective Gewißheit des Richters von der Existenz einer Thatsache, eben weil er, und zwar das einzige, Organ des sich bethätigenden Gesetzes ist, nicht nur als das, was wirklich erreicht werden kann, sondern auch selbst wesentlich als die Wahrheit erscheinen, welche man suchte.

Allein der Richter ist zwar Organ des Gesetzes, aber als lebendiges Organ ist er auch ein menschlichen Irrthümern, Fehlern und Leidenschaften unterworfenes Individuum *); und eben daher auch fähig, seine Macht aus Willkür, Neigung, Leichtsinn oder Übereilung zu mißbrauchen **).

Eben das Gesetz, welches dem Richter die größeste Macht gab, welches durch die richterliche Thätigkeit allein die höchsten Zwecke der Gerechtigkeit erreichen wollte, mußte also aus demselben Motive nothwendig dieser großen Macht auch wieder große Schranken setzen, und das Gesetz, welches zum Endzweck hat, den Richter zu befähigen, die Wahrheit selbst aufzusuchen, mußte unmittelbar, als Ergänzung und Consequenz dieses Zweckes, 2tens auch die Sicherung der Parteien gegen alle willkürliche Behandlung ***) sich zum Zwecke setzen. — Soll aber die Willkür des Richters gebunden seyn, so muß er nicht nur in seinen Handlungen sich in gesetzlich bestimmten Formen bewegen, sondern insbesondere für seine Entscheidung müssen ihm bestimmte Normen gegeben seyn, sowohl für das Erkenntniß über die Rechtsfrage, als auch für das Erkenntniß über die Thatfrage †).

---

*) §. 56. Einl. zur G. O.

**) §. 37. ebendas.

***) Vgl. Vorbericht zum c. j. Fr. S. XXII.

†) Vgl. Gräwell's Commentar zur Gerichtsordnung Th. I. S. 23.

So konnte also die Frage, was bewiesen sey, nicht der subjectiven Überzeugung des Richters überlassen werden; es mußte dieser an sich nur subjectiven Gewißheit, in welcher der Beweis ruht, dieser Zufälligkeit wenigstens die Form der Nothwendigkeit gegeben werden; es mußten jene, den Beweis vermittelnden, Relationsverhältnisse als allgemeine aufgefaßt, zu bestimmten Formen erhoben, und diese sowohl an sich als gegen einander bestimmt werden; es mußte eine Beweistheorie gegeben werden *).

Aber indem so Formen bestimmt werden mußten, in welchen allein eine Thatsache bewiesen werden könne, indem diese Formen als andere im Widerspruch mit einander gerathen, und dieser Widerspruch nur wieder durch eine positive Bestimmung gehoben werden konnte: indem so das, was für bewiesen zu achten, durchaus positiv bestimmt ist, ist der Widerspruch, welcher an sich zwischen dem Principe der Gerichtsordnung und der Realität obzuwalten sich gezeigt hat, in ihrem Systeme wirklich gesetzt; es ist als zufällig gesetzt, ob die Wahrheit ermittelt werde, und diese selbst bestimmt, nicht als Wahres, sondern nur als Zufälliges (als in den bestimmten Beweisformen Producirtes) zu gelten.

---

*) S. c. j. Fr. Th. VI. Tit. 6. Abschn. 5. A. G. O. Th. I. Tit. 13. §. 8 u. fg.

In der von Zum Bach (a. a. O. S. 185 fg.) gegebenen Entwickelung der Beweistheorie, ist allerdings die Nothwendigkeit derselben an sich bewiesen; aber dafür, was der Verfasser eigentlich beabsichtigte, dieselbe, wenn auch nicht als eine nothwendige Consequenz des Untersuchungsprincipes darzustellen, doch wenigstens mit demselben in Einklang zu setzen — dafür ist nichts anderes angeführt, als daß durch jene Beweisnormen der Richter doch nicht absolut gebunden wäre, und „aus tieferen in der Vernunft gegründeten Sätzen das durch das Gesetz für erwiesen Erachtete bis zu einem schwächeren Grad von Wahrscheinlichkeit herabsetzen dürfe;" also nichts anderes, als: daß auch hier die G. O. wie überall, Formen eingeführt hat, die keine sind, und deren Beobachtung dem subjectiven Ermessen des Richters, da, wenn er es für zweckmäßiger erachtet, sich nicht daran zu binden, §. 34. der Einl. ihm von ihrer Beobachtung dispensirt, völlig anheimgestellt ist. —

So hat die Gerichtsordnung durch die Annahme einer Beweistheorie ihrem Principe widersprochen; und insofern eine Beweistheorie nothwendig war, um ihr Princip zu realisiren, diese also selbst ein wesentliches Moment seiner Realität ist, zeigt sich dasselbe in seiner Realisation vielmehr als nicht reales, als abstractes und unwirkliches, und, indem es an sich bestimmt ist, wirkliches zu seyn, als diesem seinem Begriffe widersprechend. —

Sechstes Kapitel.

Über den Versuch der Sühne und den Vergleich.

Indem sich, wie in den bisherigen Betrachtungen entwickelt worden ist, das Princip der Gerichtsordnung in seiner Ausführung vielmehr als nicht ausführbar zeigte, kam man dazu, den Prozeß, da er „auch bei der zweckmäßigsten Behandlung" (d. h. der Untersuchungsmaxime ungeachtet) die nachtheiligsten Folgen haben könne, an sich für ein Übel zu betrachten, welches selbst möglichst beseitigt werden müsse; und zu diesem Zwecke wurde dem Richter zur Pflicht gemacht, die Parteien zur gütlichen Einigung und zum gegenseitigen Nachgeben zu bewegen, und erst, wenn diese Bemühung fruchtlos geblieben, das Urtheil zu fällen*).

Aber durch diese Aufnahme des Vergleichsversuches in das System der Prozeßordnung ist in der That das Princip derselben, wenn auch nicht direct, doch indirect aufgegeben.

Denn wenn die Wahrheit in facto, so wie in jure ermittelt werden, wenn das Recht in allen seinen einzelnen Erscheinungen verwirklicht, und diese seine äußerliche Existenz als allein und absolut geltend gesetzt werden könnte, was könnte es höheres geben, als diese Wirklichkeit des Rechtes; und wie ist es möglich, da das Recht die Substanz der bürgerlichen Gesellschaft ist, daß in Bezug auf deren Verhältnisse dasjenige Mittel, wodurch

*) Vgl. §. 22. Einl.

allein das Recht zu jener allgemeinen Wirklichkeit gelangen kann, der Prozeß, als ein zu beseitigendes Übel erscheinen könnte?

Ist er aber ein Übel, und ist die Institution des Vergleichsversuches nothwendig; so ist also jene Voraussetzung unmittelbar dadurch aufgehoben, und jene äußerlichen thatsächlichen Verhältnisse, welche die Grundlage des Rechtsstreites bilden, gesetzt, nicht die wirkliche Existenz des Rechtes, also auch nicht im Interesse des Allgemeinen, sondern nur in dem besonderen Interesse der unmittelbar betheiligten Einzelnen zu seyn.

Ferner, indem den Parteien der Vergleich nicht nur gestattet, sondern die Bewirkung desselben dem Richter zur Pflicht gemacht ist, ist dadurch unmittelbar anerkannt, daß das, worüber die Parteien unter einander übereinkommen, eben so gut Recht sey, als das, was der Richter als Recht erkenne *). Aber indem das Wesen des Vergleiches in dem gegenseitigen Nachgeben und Nachlassen besteht, setzen die Parteien durch den Vergleich etwas Anderes als Recht, als was in der That nach dem vorausgesetzten Sachverhältnisse Rechtens ist. Kann also nur das, was aus der factischen Grundlage folgt, als Recht gelten, das materielle Recht, so ist der Vergleich unmöglich: ist aber der Vergleich als gültig anzuerkennen, muß das durch ihn gesetzte Recht in gleicher Kraft gelten, wie das aus den thatsächlichen Verhältnissen unmittelbar folgende Recht; so kann dasjenige, warum das Recht Recht ist, nicht in den thatsächlichen Verhältnissen als solchen, und in ihrer unmittelbaren Wirklichkeit liegen; es kann also das Recht seiner Natur nach nur formell und nicht materiell seyn.

Dies ergiebt sich noch bestimmter durch eine Prüfung der Motive, in welchen die Institution des Vergleichsversuches gegründet ist, und aus der eigenen Natur des Vergleiches.

Insofern der Vergleich die Stelle der richterlichen Entscheidung vertreten kann, und ihr sogar in allen Fällen wenigstens versuchsweise vorangehen soll, muß er ebenfalls ein Mittel zu

---

*) Der gerichtlich geschlossene Vergleich hat daher executivische Kraft. §. 13. Th. I. Tit. 11. A. G. O.

eben dem Zwecke seyn, welcher durch das Urtheil erreicht werden soll.

Allein die Motive zu dieser Institution — damit dadurch die Parteien vor dem nicht zu vermeidenden Zeit- und Kostenverlust bewahrt, und die aus fortgesetzten Rechtsstreiten unter den Familien und Bürgern des Staates leicht entstehenden Animositäten und Verbitterungen vermieden würden *) — verändern jenen Zweck in seinem Wesen. Seine positive Bestimmung — daß die Rechtsstreitigkeiten durch gerechte Entscheidung und nach dem Ausspruche des Gesetzes geendigt werden müssen — ist nemlich in ihnen ausgelöscht, und nur seine negative Bestimmung — daß diese Endigung nicht widerrechtlich geschehe — darin enthalten. Nur also, wenn der Grund, warum die bürgerlichen Rechtsstreite vor den Richter gebracht werden müssen, allein jene negative Bestimmung hätte, die Selbsthülfe auszuschließen, nur dann können jene Motive vor der Kritik bestehen; aber dann rechtfertigen sie auch das Institut des Vergleiches dergestalt, daß es nicht nur in gleichem Range, sondern auch weit zweckmäßiger, als die richterliche Entscheidung, und diese nur als etwas subsidiäres und als ein Nothbehelf erscheint. Geht man aber von jenem Gesichtspunkte aus, läßt man jene abstracte Bestimmung des Zweckes des Prozesses gelten; so ist das Axiom, von welchem die Gerichtsordnung ausgeht — daß jeder Rechtsstreit durch richtige Anwendung des Gesetzes auf die zum Grunde liegenden Thatsachen von dem Richter entschieden werden müsse **) — unmittelbar dadurch für unwahr erklärt, und die Untersuchungsmaxime, insofern sie, als Mittel seiner Realisirung, auf diesem Axiome allein begründet ist, ihres Grundes, und dadurch der Nothwendigkeit beraubt.

Muß man aber jenen Grundsatz der Gerichtsordnung als begründet und wahr anerkennen, so vermögen jene Motive das Institut des Vergleiches nicht zu rechtfertigen. Sie erscheinen

---

*) §. 1. A. G. O. Th. I. Tit. 11.

**) Einl. §. 1. 6.

dann als ganz äußerliche Rücksichten, die, ohne allen inneren Zusammenhang mit seinem Zwecke, auf den Gang des Prozesses und die Thätigkeit des Richters keinen Einfluß haben können, weil dieser, als Richter des Rechtes, um dieses seines bestimmten Charakters willen, nichts anderes und nichts in einer anderen Rücksicht beachten darf, als in der einen, wie er das Recht finde. Es können dies wohl Motive für die Parteien seyn, ihren Streit unter sich beizulegen; aber niemals können jene Verhältnisse, deren Entstehen die Parteien vorhersehen mußten, und vorhergesehen haben, weil das Gesetz des prozessualischen Verfahrens als Gesetz ihnen bekannt seyn mußte, den Richter berechtigen, die Parteien zu dem aufzufordern, was sie, nicht zu wollen, eben dadurch, daß sie ihn angerufen hatten, deutlich erklärt haben.

Beachtet man endlich, daß die Gerichtsordnung nicht nur die an sich gerechte Entscheidung für den Zweck des Prozesses erkennt, sondern vielmehr die Verwirklichung des materiellen Rechtes als sein wahrhaftes Ziel betrachtet; so ist es ganz unmöglich, aus jenen Motiven ein anderes Ende des Prozesses dem richterlichen Urtheil, welches jenen höchsten Zweck erfüllt, gegenüber zu rechtfertigen. Wie können Zeit und Kostenaufwand Motive seyn, der Verwirklichung des materiellen Rechtes Abbruch zu thun, und wie kann es möglich seyn, wenn es wirklich materielles Recht ist, um das es sich handelt, daß dessen Realisirung einen nachtheiligen Einfluß auf den sittlichen Charakter der Parteien haben könne *)?

Dieser Widerspruch tritt noch schärfer hervor, wenn wir die Natur des Vergleiches in Bezug auf die richterliche Function näher betrachten.

Der Vergleich ist zwar auch eine Beendigung des Rechtsstreites, wie das richterliche Urtheil, und er wird diesem dadurch noch näher gerückt, daß er unter der Mitwirkung des Richters und unter seiner Autorität geschlossen werden soll; aber sein ei-

*) Vgl. Einl. §. 22.

genthümlicher Charakter ist, daß die Parteien gegenseitig und freiwillig von ihrem behaupteten und vermeinten Rechte Etwas aufgeben, ohne Rücksicht, ob dieses Aufgegebene nach dem Gesetze ihr Recht ist oder nicht.

Wie will und kann nun aber der Richter, wenn er seinem Grundcharakter, Organ des Gesetzes zu seyn, welches sich durch ihn in den einzelnen, vor ihn gebrachten, Fällen bethätigen soll, treu bleiben will, einen Vergleich stiften?

Ist die Sache klar, und hat der Kläger oder der Beklagte durchaus unrecht, so ist es für den Richter ganz unmöglich, einen Vergleich nur vorzuschlagen, ohne nicht dem Einen oder dem Andern gradezu Unrecht zu thun; hat aber der Kläger zu viel gefordert, oder der Beklagte zu wenig zugestanden, so läßt sich freilich die Form eines Vergleiches herausbringen, aber dem Wesen nach ist es immer kein Vergleich, weil der Richter ihn vorschlägt, und dieser eben weiß, was Rechtens ist, also für ihn gar kein streitiges oder zweifelhaftes Recht mehr vorhanden ist. — Ist es aber nicht klar, wer Recht hat, so ist es in der That nicht nur unmöglich, sondern gradezu widerrechtlich, einen Vergleich vorzuschlagen; denn für den Richter, der nur aus dem einen Gesichtspunkte des Gesetzes die Thatsachen beurtheilen kann und darf, und dem daher für die besonderen Interessen, welche sich für die Parteien an den Rechtsstreit knüpfen, weil sie außer dem allgemeinen Interesse des Gesetzes liegen, jeder Maaßstab fehlt, giebt es in diesem Falle kein Verhältniß, aus welchem er die Motive für einen bestimmten Vergleich entlehnen könnte; seine Vorschläge wären etwas durchaus Positives, Beliebiges und Willkürliches.

So zeigt sich der Vergleichsversuch, geschweige, daß er mit dem bestimmten Principe des preußischen Prozesses in Übereinstimmung gebracht werden könnte, vielmehr als der allgemeinen Natur des Prozesses widersprechend, und der Function des Richters grade entgegengesetzt zu seyn.

Daher hat denn auch die Praxis dieses Institut vollkommen widerlegt, und als das, was es ist, als ein dem Wesen

des

des Prozesses durchaus fremdes, gezeigt; sie hat bewiesen, wie wenig der Richter innerhalb des Prozesses geneigt ist, einen Vergleich zu stiften.

Weit entfernt dies tadeln zu können, muß man vielmehr behaupten, daß je tüchtiger ein Richter ist, je mehr er sich namentlich in die preußische Instructions-Maxime hineingearbeitet hat, je mehr er der dialectischen Bewegung der positiven Rechtsformen gewachsen, und diese zu einem affirmativen Resultate zu führen im Stande ist, er um so weniger geeignet seyn werde, Vergleiche zu stiften, und daß andrerseits derjenige, welcher in der Kunst des Vergleichens Meister ist, durch seine Urtheile weniger Ruhm erwerben werde *). Es liegt dies in der wesentlichen Differenz zwischen Urtheil und Vergleich; beide liegen in ganz verschiedenen Sphären, und fordern daher nothwendig ganz andere Fähigkeiten.

Der Prozeß ist nemlich nichts anderes, als die genetische Erzeugung des privaten Rechtes als existirendes (im Gegensatz der Wissenschaft): Alles, auch die unbedeutendste Form hat in dem Prozesse den Charakter, ein Recht zu seyn, es hat nur diesen Charakter und gar keine andere Bedeutung und Beziehung, und Alles, was in dem Prozesse erscheint, und von ihm ergriffen wird, unterliegt dem einzigen Criterium, ob es Rechtens sey; so erzeugt sich das Recht in ihm durch Formen, die wesentlich bestimmt sind, Rechte zu seyn, es erzeugt sich durch Rechte. Aber in der äußerlichen Wirklichkeit entsteht das Recht durch Thatsachen, die bestimmt sind, Handlungen eines freien Subjectes zu seyn. Um dieser allgemeinen Bestimmtheit haben sie aber mannichfaltige Beziehungen, und andere, als die bloß rechtlichen; sie sind nicht bloß auf die abstracte Persönlichkeit des Subjectes, sondern auf sein ganzes Wesen, auf seine Existenz und seine Verhältnisse bezogen; sie kommen als sittliche in Be-

*) Vgl. die übereinstimmenden Bemerkungen v. Gönner's im Entwurf ꝛc. in den Motiven S. 220 u. fg., und Mittermaier's a. a. O. Beitrag I. S. 129 u. fg. S. auch Puchta Beitr. I. Abhdlg. XI. S. 326—336.

tracht und in ihrer Beziehung auf die Allgemeinheit, auf die bürgerliche Gesellschaft und den Staat. In diesem weiten Kreise liegen freilich Gesichtspunkte, in welchen eine Handlung keinesweges als so absolut berechtigt erscheinen wird, wie in der engen Sphäre des privaten Rechtes. Hier ist das Gebiet des Vergleiches, hier hat er einen festen Boden, und auf diesem Standpunkte ist es auch einem Dritten möglich, die Motive zu einem Vergleiche und dessen Bestimmungen zu finden.

Ist aber einmal dieser weite Horizont auf den engen Gesichtskreis des privaten Rechtes beschränkt — und dies ist eben im Prozesse der Fall — wenn man in diese in sich abgeschlossene Welt des Rechtes sich begeben, und ihr sein Heil anvertraut hat, so kann man auch nichts erlangen, als was aus dem einen, diese Welt belebenden und das große Heer ihrer Formen in mannichfaltige Kreise ineinander verschlingenden, Gesetze des Rechtes hervorgeht, das (abstracte) Recht; und wer auf der Bahn dieser in nothwendiger Consequenz sich bewegenden Formen zu wandeln sich bestimmt hat, auf dieser Bahn nirgend wo andershin gelangen, als wohin ihr natürlicher, von jenem Gesetze vorgezeichneter Lauf führt, zum (abstracten) Rechte.

In das System des Prozesses aufgenommen, war daher der Vergleich seiner eigenen Sphäre entrückt, und als ein fremdes und isolirtes Element konnte er dem allgemeinen, sich durch die Formen des Prozesses dialectisch hindurchbewegenden, Gesetze des Rechtes keinen Widerstand leisten; er mußte ihm unterliegen. Dies, was durch die Praxis wirklich offenbar geworden, diese Macht der Form ist auch an sich schon in den gesetzlichen Bestimmungen über die Art und Weise, wie der Richter die beabsichtigte Friedensstiftung ins Werk setzen solle, vorhanden; indem sie es ist, die in ihnen die wesentlich veränderte Natur des Vergleiches gewirkt hat. —

Die Gerichtsordnung giebt nemlich dem Richter für sein Vermittleramt folgende Instruction: Der Richter soll zuvörderst den Parteien eine treue, sorgfältige und geschickte Auseinandersetzung der Sache geben, wodurch sie selbst, deren wahre Lage

zu übersehen und den wahrscheinlichen Ausgang zu beurtheilen, im Stand gesetzt würden, und einen dieser Lage der Sache gemäßen Vergleich ihnen demnächst vorschlagen *). Er soll jedoch nicht eher einen Vergleich proponiren, bis er die Sache insoweit übersehen kann, um über ihren Ausgang mit Wahrscheinlichkeit zu urtheilen **); aber in diesem Vorschlage soll er den Parteien auch nichts gegen ihre klaren, durch die Untersuchung bereits ausgemittelten, Rechte anmuthen. Indessen soll er ihnen doch die aus der Natur der Sache selbst hergenommenen Bewegungsgründe zum Vergleiche nachdrücklich vorstellen, und sie vor den schädlichen Folgen des ferneren Prozessirens warnen ***); aber dabei sich alles ungestümen Andringens und ungebührlicher Persuasionen enthalten, und am allerwenigsten die Lage der Sache falsch verstellen, oder die Gesetze unrichtig erklären †).

Sind auch diese Forderungen in sich selbst zu widersprechend, als daß sie, wie auch der Charakter der von dem Richter vorzunehmenden Friedensstiftung bestimmt seyn mag, von diesem erfüllt werden könnten; so schwinden doch, wenn wir dieselben näher betrachten, die Widersprüche, welche wir oben, die privatrechtliche Natur des Vergleiches voraussetzend, entstehen sahen: weil eben diese Voraussetznng in ihnen gar nicht gemacht, und jene Operation des Richters ganz anders bestimmt ist.

Der Richter darf nemlich den Parteien nichts gegen ihre klaren Rechte zumuthen; er muß aber ferner bei dem Sühne-Versuch immer die wirkliche Lage der Sache zum Grunde legen, und das Gesetz in seiner Beziehung auf dieses Sachverhältniß vor Augen haben. Analysirt man die Operation des erkennenden Richters, so findet man in ihr eben diese beiden Momente:

---

*) §. 6. A. G. O. Th. I. Tit. XI.

**) §. 23. Einl.

***) §. 4. a. a. O.

†) §. 3. a. a. O.

Erkenntniß des Falles und Erkenntniß des Gesetzes in seiner Beziehung auf diesen Fall. Sind diese Momente also auch die wesentliche Grundlage, auf welcher der richterliche Sühneversuch beruhen muß; so ist diese richterliche Thätigkeit an sich dieselbe, wie die erkennende, sie ist an sich ein Urtheil, die Vergleichsvorschläge sind daher in der That nichts anderes, als das Urtheil des instruirenden Richters über den Rechtsstreit, das weiter nichts mit dem eigentlichen Vergleiche gemein hat, als die Abhängigkeit seiner bindenden Kraft von der Zustimmung der Parteien, und nur eben darin, also nur in der Form, zunächst von dem Urtheile des erkennenden Richters sich verschieden zeigt.

Aber als Urtheil ist es die Subsumtion eines Besonderen unter ein Allgemeines. Als dieses subsumirende Allgemeine ist aber für den vergleichenden Richter nicht das Gesetz, wie für den erkennenden Richter, bestimmt, sondern die Billigkeit, und das Gesetz, nur insofern es billig ist *). So ist dieses Urtheil, seinem Inhalte nach, als das Urtheil der Billigkeit von dem Erkenntnisse, dem Urtheile des Gesetzes, unterschieden. Gleich wie in dem römischen Formularprozesse das arbitrium in den actionibus arbitrariis der strengen condemnatio voranging, so soll dieses Billigkeitsurtheil auch dem Urtheile des Gesetzes vorangehen, und gleich jenem soll auch dieses die Aussöhnung des Rechtes mit der Billigkeit und eine Abwendung

*) Der Richter soll künftig — sagt die K. O. vom 14. April 1780 — die Parteien selbst hören, und wenn er den Zusammenhang der Sache eruirt hat, denselben den Rechten und der Billigkeit gemäße Vorschläge zum Vergleich machen.

Vgl. §. 2. §. 4. §. 6. G. O. a. a. O.

Daß aber diese Vorschläge an sich in der That Urtheile sind, dafür ist ein positiver Beweis sowohl ihr executivische Kraft, wenn sie angenommen worden sind, als insbesondere die Bestimmung, daß, wenn das Urtheil der Billigkeit mit dem Urtheile des Gesetzes gleichlautend ist, derjenige Theil, welcher dem ersteren nicht beigetreten ist, alle seitdem aufgelaufenen Kosten tragen solle, wäre er auch sonst der obsiegende Theil. —

Vgl. §. 13. §. 14. A. G. O.

der, um seiner Formalität und um seiner strengen Consequenz willen, unvermeidlichen Nachtheile des Rechtes für das materielle Wohl des Einzelnen und der bürgerlichen Gesellschaft — versuchen *).

*) Weil das Recht seiner Natur nach formell und nur in Formen ist, wird es, so sehr es auch seinen Inhalt von allen nur positiven Bestimmungen befreit haben mag, und nicht wie das römische Recht (dessen aequitas daher nur ein aequum jus war, und über die Gränzen des Rechtes nicht hinausging; weshalb denn das arbitrium auch formell als Urtheil gefaßt, und, weil es eben nur auf den, von der condemnatio durch ihre positive Form ausgeschlossenen, eigentlichen und unmittelbaren Gegenstand des Rechtsstreites gerichtet war, selbst exequirt werden konnte. Vgl. lex 68. D. de rei vindicatione. Ever. Dupond disquisitiones in comm. IVtum inst. Gaji. Lugd. Batav. 1822. S. 95. fg.) — seinen wahrhaften Inhalt außer sich gesetzt hat; doch immer schon um der Formen willen, die zu seiner Verfolgung vor Gericht nothwendig sind, mit materiellen Interessen in Collision gerathen. Eine Ausgleichung dieser Interessen mit dem collidirenden Rechte ist daher an sich eben so nothwendig, als der Rechtsschutz, und unmittelbar durch diesen, weil eben bei seiner Realisirung jene Collision ausbricht, als nothwendig gesetzt. Aber da das Recht selbst eines der collidirenden Momente ist, kann jene Vermittelung nicht in seiner Sphäre geschehen; sie kann in einer Sphäre nicht erfolgen, in welcher die Individuen nur in ihrer abstracten Persönlichkeit, als Rechtssubjecte, gelten, und durch die Macht nicht bewirkt werden, deren belebendes Princip das Gesetz ist, und die, das Gesetz zu realisiren, wesentlich berufen ist. Diese Vermittelung kann daher nur außerhalb und eben deswegen nur vor dem Prozesse, und nicht durch den Richter des Rechtes, sondern nur durch eine rein sittliche, auf persönlichem Vertrauen beruhende, Auctorität geschehen.

Aber weil es Freie sind, deren Verhältnisse hier in Frage kommen, kann zu dieser Vermittelung kein Zwang Statt finden; sondern, insofern Billigkeit und Recht als Andere, und so ein doppeltes Gesetz anerkannt wird, muß es ihrer freien Wahl überlassen werden, von welchem Gesetze sie gerichtet seyn wollen; so daß, welches dann auch die Consequenzen dieses Gesetzes seyn mögen, die Individuen sich nicht über diese, sondern nur über ihre eigene Wahl zu beklagen, und nicht das Gesetz, welches ihnen zwei Wege anheimgab, sondern nur sich selbst anzuklagen im Falle sind.

Dies sind die wesentlichen Elemente für das dem Rechtsverfahren gegenüber zu begründende Friedens- und Billigkeitsverfahren. V. Feuerbach's „bestellte Schiedsmänner" (Th. I. S. 411 a. a. O.), jedoch nur dann, wenn ihnen alle richterliche Function entzogen wird, und selbst

So ist aber in dem Institute des Vergleiches ein anderes Element demjenigen Principe, welches in dem Prozeßsysteme ausgeführt, und durch dieses System in der Realität verwirklicht werden sollte, als anderes und höheres Princip, die Billigkeit dem Rechte gegenübergetreten. Indem aber so seine eignen Formbestimmungen ihr Princip nicht nur als nicht real, sondern auch an sich als unwahr, und das, was es seyn sollte, in sich Widerspruchsloses, materielles Recht, vielmehr als das Andere seiner selbst und als einer ganz anderen Sphäre, der Billigkeit, anzugehören, aufgewiesen haben, ist das System der Gerichtsordnuug in der That die eigene Dialektik und die Widerlegung ihres Principes. —

---

für die unbedeutendsten Rechtssachen der Rechtsgang vorbehalten bleibt, oder v. Reibnitz Jury (Th. I. S. 74 fg. a. a. O.), nur daß ihre Function vor dem Prozesse eintreten müßte, würden jenen Forderungen am meisten entsprechen.

Dritter Abschnitt.

Betrachtung des Untersuchungsprincipes in theoretischer Beziehung. — Kritik seiner wissenschaftlichen Begründung.

Erstes Kapitel.

Einleitende Betrachtungen.

Daß das Princip unserer Prozeßordnung in seiner Realisirung an der auch innerhalb des Prozesses anzuerkennenden Dispositionsbefugniß der Individuen über ihr Eigenthum, an den (in Rücksicht, daß das einzelne Recht als bestimmtes und endliches nur einen Werth in der Zeit habe) dem für die Ermittelung der Wahrheit bestimmten Verfahren in der Zeit nothwendig zu setzenden, Schranken, und endlich an der Unmöglichkeit eines objectiven Beweises von Thatsachen unbesiegliche Hindernisse finde; daß ferner jenes Interesse des Staates, das materielle Recht zu verwirklichen, selbst unmittelbar mit anderen allgemeinen Interessen in Collision gerathe, daß, um diese Collision aufzuheben, eine vermittelnde Beilegung der Rechtsstreite im Wege der Billigkeit, dem Richter selbst zur Pflicht gemacht, und dieser Friedensstiftung das Urtheil des Gesetzes nachgestellt werden müsse — so wenig diese Resultate unserer Betrachtung derjenigen Verhältnisse, welche der Realisirung des Principes unserer Prozeßordnung vorausgesetzt sind, in Abrede gestellt werden können, um so eher möchte das, was wir aus diesen Resultaten zu folgern uns berechtigt hielten, in Zweifel gezogen, und, wie es scheint, selbst mit leichter Mühe widerlegt werden können. Daraus, könnte man einwenden, daß in dem Systeme der Gerichtsordnung jene Hindernisse der unbedingten und unbeschränkten Realisirung seines Principes als solche anerkannt seyen, daß die fried-

liche Vermittelung der Rechtsstreite als etwas Höheres gelte, wie die Entscheidung derselben nach dem Gesetze und durch richterliches Erkenntniß — aus diesen Prämissen könne noch keinesweges auf den Werth oder den Unwerth jenes Principes an sich geschlossen, und noch weniger, wie am Schlusse des vorigen Abschnittes behauptet sey, in ihnen unmittelbar ein Widerspruch und eine Widerlegung desselben gefunden werden.

Denn wenn durch den angestellten Sühneversuch den Forderungen jener anderen Interessen Genüge geleistet sey, was hindere, wenn dieser fruchtlos geblieben — und ein Zwang sey, eben weil es eine friedliche Vermittelung seyn solle, unmöglich — den auf Verwirklichung des materiellen Rechtes gerichteten Zweck des Prozesses alsdann mit allen zu Gebote stehenden Mitteln zu verfolgen? Die Rücksicht auf jene materiellen Interessen schließe also seine Realisirung keinesweges aus, sondern setze ihr nur eine Schranke. Diese Schranke aber und alle jene anderen Schranken seyen nur als die Bedingungen und Voraussetzungen seiner Realisirung zu betrachten; so daß durch die Erkenntniß derselben, geschweige daß ihm dadurch widersprochen werde, das Princip der Prozeßordnung vielmehr erst als reales bestimmt, nnd der unbestimmten Allgemeinheit entzogen werde. Darin aber, daß es sich nur unter Bedingungen realisiren ließe, könne doch — wenn es anders an sich wahr sey, kein Grund liegen, dieses Princip ganz und auch in den Fällen aufzugeben, wo das, was es beabsichtige, wirklich erreicht werden könnte. Würden also nur jene Verhältnisse beachtet, in welchen es nicht zur Anwendung kommen könne, im übrigen aber dieses an sich nothwendige Princip durchgeführt; so habe man allen Anforderungen, so weit es irgend möglich sey, entsprochen. Grade dies, das allein wahre Princip für die Prozeß-Gesetzgebung, die Verwirklichung des materiellen Rechtes als solches aufgefaßt zu haben, aber doch nicht diesem einen Principe einseitig Folge zu geben, sondern auch diejenigen Verhältnisse zu beachten und anzuerkennen, welche dasselbe und das Mittel zu seiner Realisirung, die richterliche Erforschung des wahren Verhaltens der That-

sachen, ausschlössen — dies sey die schwierige Aufgabe gewesen, welche in unserer Prozeßordnung zum größesten Ruhme ihrer Verfasser vollkommen gelöst sey *).

Freilich bleibe so die Realisirung jenes Principes in der Wirklichkeit immer noch etwas Bedingtes, und sey nur ein Mögliches **); allein nur die außer seiner Macht liegenden Verhältnisse, nicht der Gesetzgeber trage die Schuld; ein völlig consequentes nur auf einem, in sich abgeschlossenen, Principe, ruhendes Prozeßsystem sey eben nur im Reich der Ideale, aber nicht in der Wirklichkeit zu finden, und auch dieses Werk des menschlichen Geistes habe sich dem allgemeinen Loose aller menschlichen Bestrebungen, endlich und unvollkommen zu seyn, nicht entziehen können ***). Über dieses allgemeine Schicksal könne man sich

---

*) In ähnlicher Weise sucht Gräwell das System der Gerichtsordnung zu vertheidigen. Vgl. die ausführliche Kritik seiner Ansicht in der Beilage III.

**) Vergl. Puchta Beiträge a. a. O. S. 51. Anmerkung S. 62. 63. Gräwell Commentar zur G. O. Th. I. S. IX.

***) Dieses Urtheil hat Friedrich der Große seinen legislativen Schöpfungen schon im Voraus gesprochen; in einer Stelle der bereits oben angeführten Abhandlung sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois, die von dem größesten Interesse ist, weil Friedrich das Urbild zu seiner Legislation in einem Ideale einer vollkommenen Gesetzgebung zwar mit grandiosen und seinem königlichen Geiste ganz entsprechenden, aber doch schon den Mangel, an welchen unser Civil- und Prozeßgesetz leidet, in sich tragenden Zügen in ihr entworfen hat. Er sagt:

Un corps de lois parfaites seroit le chef-d'oeuvre de l'esprit humain; dans ce qui regarde la politique du gouvernement, on y remarqueroit une unité de dessein et des règles si exactes et si proportionnées, qu'un état conduit par ces lois *ressembleroit à une montre, dont tous les ressorts ont été faits pour un même but;* on y trouveroit une connoissance profonde du coeur humain et du génie de la nation; les châtimens seroient tempérés, de sorte, qu'en maintenant les bonnes moeurs, ils ne seroient ni légers ni rigoureux; des ordonnances claires et précises ne donneroient jamais lieu au litige; elles consisteroient dans un choix exquis de tout ce que les lois civiles ont eu de meilleur, et dans une application ingénieuse et simple de ces lois aux usages de la nation; *tout seroit prévu, tout seroit*

wohl dann beklagen, wenn ihm an und für sich geistige und die höchsten und heiligsten Interessen der Menschheit umfassende Bestrebungen unterliegen müssen; aber in diesem Falle sey kein Grund zur Klage, weil denn doch alles Prozessiren nur ein Uebel und etwas an sich Böses sey, und grade in diesem Bösen jene Unvollkommenheiten zum großen Theil ihre Wurzel hätten. —

Wäre es freilich eine absolute Forderung der Gerechtigkeit, daß der Richter materielles Recht spreche, wäre die absolute

---

combiné, et rien ne seroit sujet à des inconvéniens: mais les choses parfaites ne sont pas du ressort de l'humanité. (a. a. O. S. 135.)

Freilich ist alles, was nur in dem menschlichen Verstande ist, unvollkommen, weil es eben nicht wirklich ist; aber eben deshalb ist es nicht sowohl unvollkommen, als vielmehr unwahr. Alles, was aber wirklich ist, ist vollkommen, eben weil es das ist, was es seiner Natur nach seyn kann: und daß etwas wirklich nicht das ist, was es seyn soll; diese Wirklichkeit ist nicht sowohl ein Zeuge seiner Unvollkommenheit, als vielmehr der des menschlichen Verstandes; sie ist nicht das Urtheil über die Sache selbst, sondern über den Begriff von der Sache. Und dieses Urtheil hat denn auch die Wirklichkeit über jene legislativen Principien gesprochen; ihre Unausführbarkeit hat nicht die Unvollkommenheit alles Irdischen bewiesen, sondern ihre eigene Unwahrheit: daß die Gesetzgebung alles voraussehen, combiniren und festsetzen solle, dies Princip hat sich eben deshalb als unwahr gezeigt, weil die Gesetzgebung nicht alles voraussehen kann, und jene erstrebte mechanische Vollkommenheit sich eben dadurch widerlegt, weil es Freie sind, für welche die Gesetze gegeben werden. —

Mindestens ein merkwürdiger Zufall ist es zu nennen, daß Puchta seine Beweisführung der Vernunftmäßigkeit des Untersuchungsprincipes unserer Prozeßordnung auch mit einer Apostrophe über die Unvollkommenheit der menschlichen Werke und mit der Forderung schließt, daß man auch hier das ubi plura nitent gelten lassen müsse (a. a. O. S. 62). Allein, daß vieles Einzelne ausgezeichnet ist, beweist noch nicht die Vernunftmäßigkeit des Systemes, und, wenn grade die unzweifelhaften Glanzpunkte unseres Prozesses, der status causae et controversiae, die Bestimmung des Beweispunktes durch ein Decret und die Beschränkung der Appellation auf Definitivsentenzen, wie Puchta selbst an einem andern Orte (über die bürgerliche Rechtspflege und Gerichtsverfassung Baierns S. 38. u. fg. S. 87. u. fg.) bewiesen hat, nicht als integrirende und diesem Systeme allein angehörende Momente betrachtet werden können, so verliert jenes Argument an und für sich alle Beweiskraft.

und unmittelbare Identität des formellen und materiellen Rechtes in dem Urtheile in der That das höchste und allein wahrhafte Ziel, welches die Gesetzgebung für die Rechtspflege vor Augen haben, und zu erreichen bestrebt seyn müsse, wäre diese Gesetzgebung nur dann für vollendet zu achten, wenn jenes Ideal durch sie verwirklicht würde: — wenn diese ihre Voraussetzung wirklich begründet wäre, alsdann müßten wir uns allerdings jenen Einwürfen bequemen; wir müßten, wie Puchta (a. a. O. S. 51. Anmerkung) zwar zugeben, daß der irdische Richter nie anders zur vollen materiellen Wahrheit gelangen könne, als vielleicht durch Zufall, aber doch gestehen, daß dies in seiner Pflicht, wenigstens „nach Möglichkeit" danach zu streben, nichts zu ändern vermögend sey; wir müßten in der an sich seyenden Nothwendigkeit jenes Principes das allwaltende Schicksal erkennen und verehren, welches, wie es den Töchtern des Danaus zur Strafe gebot, die bodenlosen Gefäße ohne Ruhe und Rast immer wieder von Neuem zu füllen, in seinem unerforschlichen Rathschlusse dem Gesetzgeber zur Prüfung aufgegeben habe, jenes Princip in einem durchaus widerstrebenden und unempfänglichen Stoffe zu realisiren.

Aber so wenig sich dieses Princip in seiner practischen Beziehung bewahrheitet hat, so wenig läßt es sich theoretisch rechtfertigen; so wenig sie sich als practisch ausführbar gezeigt hat, ebensowenig ist es möglich in dieser Identität des materiellen und formellen Rechtes auch nur das Ideal der Prozeßgesetzgebung zu erkennen; diese Identität ist eben so sehr an sich unwahr, als sie unwirklich ist.

Dies ist es, was wir durch eine Entwickelung der allgemeinen Natur und des Begriffes des (Privat)Rechtes in seinem Verhältnisse zum Staate, als der Sphäre, die sich bereits oben (Abschnitt I. S. 20. u. fg.) als das Element ergeben hat, in welchem die Frage nach dem wahrhaften Principe der Prozeßgesetzgebung allein gelöst werden könne, in dem Folgenden näher auszuführen und zu beweisen versuchen wollen.

Zweites Kapitel.

Entwickelung der formellen Natur des Privatrechtes.

Wenn man den Prozeß an sich als ein Übel betrachtet, wenn man von dem Streite über Mein und Dein als von einem Zustande spricht, der einmal aufhören könnte, ohne daß auch das Eigenthum und das Recht selbst ein Ende nähme, der also auch vom Übel sey *); so widersprechen diese Ansichten einerseits der vorausgesetzten Natur des Rechtes, und andrerseits zeugen sie auch von der Unklarheit und Unbestimmtheit der zum Grunde liegenden Vorstellung von dem Rechte und seinem Wesen.

Denn ist das Recht materiell, ist es an und für sich wahr, und giebt es kein höheres Ideal und keine höhere Rücksicht, als seine Verwirklichung, so kann auch der Prozeß als das nothwendige Mittel, durch welches von dem Organ des Gesetzes der Zwist der Einzelnen über ein einzelnes Recht aufgehoben wird, durch welches also das Recht in der Wirklichkeit existent wird, an sich nicht vom Übel seyn; und, insofern er es wäre, könnte das Recht nicht als materielles Recht gelten, es müßte selbst vom Übel seyn. Giebt man aber auch zu, daß dem Prozesse an sich jener Vorwurf nicht gelten könne, und daß man nur seine Voraussetzung, den Zwist der Bürger über ihre Rechte dabei im Auge gehabt habe; so fällt auch alsdann immer dieser Vorwurf auf das Recht selbst zurück, weil eben der Rechtsstreit an sich eine unmittelbare und nothwendige Folge der Natur des Rechtes selbst ist.

---

*) Eine Vorstellung, die sich in Puchta's Beiträgen a. a. O. S. 50. angedeutet findet, und die der, in neuerer Zeit auch in der preußischen juristischen Litteratur zu bemerkenden, Tendenz, „einen religiösen Zug" in das positive Recht hineinzubringen, und der Bemühung, in unserer Gesetzgebung „ein christlich-germanisches Element" aufzufinden, und demselben bei der Revision derselben noch zu einer größeren Geltung zu verhelfen, völlig entspricht.

Der Gegenstand des Privatrechtes ist nemlich das sich selbst Äußerliche, die Sache. An sich, als Object, ist sie zwar bestimmt, dem Subjecte, als dem über ihr Macht habenden, zu gehören, aber, um ihrer Äußerlichkeit willen, ist sie gegen die weitere Bestimmung, Eigenthum dieses Einzelnen zu seyn, gleichgültig; denn wäre sie dies nicht, wäre sie absolut und nothwendig mit diesem Einzelnen verbunden, wäre sie unveräußerlich, so wäre sie nicht mehr Sache, sondern als immanente Bestimmung des Subjectes selbst subjectiv. Insofern sie aber gegen die Bestimmung, Eigenthum dieses Einzelnen zu seyn, gleichgültig ist, liegt also der Grund des Eigenthums außer ihr, und zwar zunächst und unmittelbar in dem Subjecte, in dem Willen der Person, dieselbe zu ihrem Daseyn, zu ihrem Eigenthume zu haben. Indem aber die Person in diesem Verhalten zum Objecte aus sich herausgeht, und sich als Einzelne bestimmt, ist sie wesentlich für Andere. Insofern ist aber zu dem Erwerbe des Eigenthums einer Sache, als dem Seyn für Andere nicht bloß die innerliche Willensbestimmung, diese Sache als Eigenthum haben zu wollen, erforderlich, sondern es muß 1) dieser Wille selbst äußerlich hervortreten, für die Anderen da seyn, und 2) muß die Form seiner Erscheinung von den Anderen allgemein, d. i., durch das Gesetz, als das Eigenthum erwerbend anerkannt seyn. Ist diese Form daher auch nicht willkürlich, sondern gesetzlich (allgemein) bestimmt, so ist doch ihr wesentlicher Inhalt der Wille der Person, und insofern dieser als der eines einzelnen, und daher nothwendig zu Anderen sich verhaltenden, Subjectes mannichfaltig durch das verschiedene Verhalten desselben bestimmt ist, folgt unmittelbar, daß es nicht eine Form sey, sondern daß es viele und mannichfaltig von einander unterschiedene Formen des Eigenthumerwerbes geben müsse, deren Entwickelung aus den Verhältnissen der Individuen, ihre Bestimmung und Gestaltung, so wie die daraus hervorgehende mannichfaltig unterschiedene Gestaltung des Objectes des Eigenthumes eben den Inhalt des Privatrechtes als Systemes bilden. Da nun also die Sache durch verschiedene Formen Eigenthum des Einzelnen werden

kann, sie selbst aber, wie gezeigt worden, gleichgültig dagegen ist, Dieses oder Jenes Eigenthum zu seyn; so folgt, daß Mehrere dieselbe Sache zu gleicher Zeit durch verschiedene Formen erwerben können. Indem aber Jeder von Diesen ein ausschließliches Recht auf diese Sache erworben hat, alle Anderen also von derselben auszuschließen berechtigt ist, aber ebensosehr und aus demselben Grunde, warum er dieses Recht für sich fordern kann, auch die Befugniß der Andern, ihn wiederum auszuschließen anerkennen muß — sind sie unmittelbar durch das Recht selbst untereinander in Streit und Collision gesetzt.

Ferner aber ist dasjenige, was die Sache zum Eigenthume einer Person macht, nicht nur außer ihr, sondern auch außer der Person. Die Sache wird nur die ihrige vermittelst der, als das Eigenthum erwerbend, von dem Gesetze anerkannten und bestimmten Formen; seyen es nun schriftliche Urkunden, feierliche Handlungen, oder einfache, directe oder indirecte Willensäußerungen. Ist nun auch die Person das Bestimmende, und tritt auch durch ihren Willen die Form erst in die Existenz; so ist doch das, was durch sie bestimmt wird, schon als Form und zumal als allgemein bestimmte Form, ein ihr Äußerliches. Als solches ist aber die Form gegen die ihr zu gebende Bestimmtheit gleichgültig, und ebenso sehr, als sie wegen dieser ihrer Inhaltslosigkeit fähig ist, bestimmt zu werden, ist sie auf der anderen Seite auch von der ihr gegebenen Bestimmtheit wieder verschieden, weil sie eben als Anderes gegen den sie bestimmenden Willen gesetzt ist. Insofern sie also nicht absolut identisch mit dem sie bestimmenden Willen ist — denn sonst würde sie nicht bestimmt, sondern sie bestimmte sich selbst — kann der ihr gegebene Inhalt zwar mit dem Inhalte des sie bestimmenden Willens identisch seyn, aber eben sowohl es auch nicht seyn. Für die Person ist zwar ihre Willensäußerung nur der Ausdruck ihres Willens, und ihr erscheint sie daher auch unmittelbar als mit demselben identisch; aber für Andere ist jene Willensäußerung etwas Isolirtes, selbstständig auf sich Beruhendes, eine an und für sich geltende Form,

und in dieser abstracten Beziehung auf sich kann sie daher freilich ganz etwas Anderes enthalten, als sie nach der Meinung der sie bestimmenden Person enthalten sollte. So kann z. B. in einem Vertragsverhältnisse die eine Person Etwas als ein ihr danach zustehendes Recht in Anspruch nehmen, und auch wirklich dazu berechtigt seyn, während die andere keineswegs die Absicht hatte, dasselbe ihr einzuräumen, und auch weit entfernt ist, zu glauben, daß aus der Vertragsurkunde und wie sie in dieser ihren Willen ausgesprochen habe, dergleichen gefolgert werden könne. — Indem aber das Recht selbst die Forderung an den Willen macht, daß er, um von ihm anerkannt zu werden, existire, und äußerlich gesetzt sey, und indem, wie oben gezeigt worden, das Recht nothwendig diese Forderung machen muß, ist es also die eigene Bestimmung seines Wesens, durch welche die Individuen in Conflict untereinander und in Streit über das, was Rechtens sey, was Dieses oder Jenes Eigenthum sey, nothwendig und unvermeidlich gerathen müssen.

Wenn aber schon die allgemeinsten und einfachsten Grundbestimmungen des Rechtes an sich, ohne alle Rücksicht auf seine Besonderung in den positiven Rechten, ohne Rücksicht auf die täglich aus einem viel bewegten Verkehr und einer bis ins Extrem gesteigerten Industrie sich neu erzeugenden Verhältnisse eines reichen bürgerlichen Lebens, ohne Rücksicht auf den innern Werth der besonderen Civilgesetzgebungen, auf die Vernünftigkeit oder Unvernünftigkeit ihrer Bestimmungen — alles Gründe, welche allerdings die Zahl der Prozesse bis zu einem beklagenswerthen und der bürgerlichen Gesellschaft verderblichen Maaße steigern können — wenn also die Natur des Privatrechtes an sich schon den Rechtsstreit zur unmittelbaren Folge hat; so kann daher der Zwist der Einzelnen über ihre Rechtsverhältnisse an sich keinesweges als etwas Verwerfliches und als ein Üebel betrachtet werden. Aber indem sich in diesen Betrachtungen ergeben hat, daß es das Recht selbst ist, welches die Individuen entzweit, und daß es mit sich selbst in Widerspruch geräth, ist eben dadurch unmittelbar die wahre Natur des Rechtes aufgeschlossen,

und an ihm selbst offenbar geworden, daß es nicht, wie von ihm behauptet wird, absolut wahr und berechtigt sey.

Indem nemlich der Wille im Privatrechte nur ein unmittelbar von ihm Verschiedenes, die äußerliche Realität, zu seinem Gegenstande hat, welche, ob sie zwar wegen dieser ihrer eigenen Äußerlichkeit gerade fähig ist, vom Willen bestimmt zu werden, doch unüberwindlich als Äußeres dem Willen gegenüber beharrt; ist es an sich zufällig, ob dieses Daseyn des Willens seiner Innerlichkeit entspreche, und durch die Bestimmtheit dieser Sphäre als ein nur Mögliches gesetzt, daß der Wille in ihr zu seinem Rechte komme. Insofern also die Natur dieser Sphäre dasjenige als ein nur Mögliches erreichen läßt, was, ihrem Begriffe nach, nicht nur an sich, sondern absolut wirklich in ihr seyn sollte, nemlich das Daseyn des an und für sich freien Willens; so ist sie selbst und der Wille in dieser seiner Bestimmtheit, welche ihm jenes äußerliche Daseyn zum Bedürfnisse macht, unwahr und einseitig *); das Recht als Privatrecht ist daher nicht materielles, sondern nur formelles Recht, und der Wille als Rechtssubject nur formeller Wille.

Wie es sich gezeigt hat, daß das Object des Rechtes, die Sache, zwar an sich bestimmt ist, Eigenthum zu seyn, aber dagegen, ob sie Dieses oder Jenes, ja, ob sie überhaupt irgend Eines Eigenthum sey, gleichgültig ist, so ist auch das Subject des

*) Der Wille geht deshalb, da er die Äußerlichkeit seinem an und für sich seyenden Wesen nicht gemäß findet, in seine Innerlichkeit zurück, und dieser Stufe der Reflexion in sich, der Moralität, gehört es an, von dem Rechtsstreite, dem Prozesse u. s. w. als von einem Uebel, und von dem Rechte selbst als von etwas Unvollkommenem zu sprechen. Insofern die Moralität eine höhere Stufe als das Recht ist, sind diese Aussprüche allerdings das Urtheil über das Recht, aber insofern der Wille wesentlich bestimmt ist, Rechtssubject, Person zu seyn, und das formelle Recht, wenn auch ein untergeordnetes, doch ein nothwendiges Moment des ganzen Rechtsgebietes ist, sind dieselben innerhalb dieser Sphäre ganz ungehörig, für die Entwickelung ihrer Formen von keiner Bedeutung, und ohne allen Einfluß auf deren, nur in Beziehung auf ihre Sphäre zu bestimmenden, Werth.

des Rechtes, die Person, zwar an sich bestimmt, Eigenthum, Rechte zu haben, aber ob diese Sachen, ob dieses Recht ihr gehören, welche und wieviel Rechte sie habe, ob sie überhaupt ein bestimmtes Recht habe, dies liegt außer ihr. Der Begriff der Person, als der für Andere seyende, sich auf sich beziehende einzelne Wille fordert zwar ein Eigenthum für sich; aber wie die Person dazu komme, ob sie überhaupt dazu komme, und in welchem Maaße, dies liegt außer der Nothwendigkeit jenes allgemeinen Begriffes, in der natürlichen Bestimmtheit des einzelnen Individuum, in seinen Talenten und in der ganzen Richtung seines Geistes, in seiner natürlichen Stellung — also in äußerlichen Umständen, Bedingungen und Verhältnissen. Das Recht ist daher nur die Möglichkeit seiner unmittelbaren und äußerlichen Wirklichkeit, diese selbst nur ein Relatives und Bedingtes, und nur das, warum, wenn sie ist, sie Recht ist, daß sie Daseyn des freien Willens ist, in diesem seinem Begriffe ist das Recht wahr und wirklich; aber eben deshalb, weil es nur in seinem Begriffe und nicht auch in seiner Realität wahrhaft wirklich ist, ist es abstractes und formelles Recht.

Drittes Kapitel.

Entwickelung der wahrhaften Stellung und Bestimmung des Gerichtes.

Durch das Resultat der bisherigen Untersuchungen über die Natur des Privatrechtes ist aber unmittelbar auch die Grundbestimmung für die Stellung und das Verhältniß des Rechtes zum Staate, als dem an und für sich wirklichen Allgemeinen, gegeben: das Recht kann nemlich nur für das Allgemeine seyn, insofern es an sich allgemein ist, also nur in seinem Begriffe; und es kann von diesem nur als wirklich gesetzt werden, insofern es an sich wirklich ist, also auch nur in seinem Begriffe, als die freie sich selbst bestimmende Persönlichkeit der Einzelnen.

So wie nemlich dem Rechte als Begriffe und in seinem Begriffe die Bedingungen seiner einzelnen Existenz unmittelbar

fremde und äußerliche sind, wie sie von ihm nicht gesetzt, sondern vorausgesetzt sind; also sind ihm auch als lebendigem, in der einzelnen Wirklichkeit sich gegen die besondere, im besonderen Interesse beruhende, Meinung vom Rechte sich bethätigenden und als Allgemeines sich verwirklichenden Rechte, als dem Gerichte, die Bedingungen seiner Thätigkeit ein Vorausgesetztes, Gegebenes und außer ihm Liegendes. So wie das Recht in seinem Principe nur ist, daß ein Jeder Person sey, und als solche Eigenthum erwerben könne, so ist das Gericht nur das dieses Princip verwirklichende Recht.

Denn da das Gericht durch das Recht und dessen Natur nothwendig gesetzt ist, so kann auch seine Bestimmung nur aus dem wahrhaftigen Inhalte des Rechtes, aus seinem Principe genommen seyn; und insofern als das Gericht wesentlich bestimmt ist als das sich bethätigende Recht, so kann auch der Zweck und das Resultat seiner Thätigkeit nichts anderes seyn, als der Inhalt des in seinem Begriffe seyenden Rechts. Indem nun aber das Recht selbst in der Entwickelung und Specialisirung seines Begriffes zwar die Bedingungen bestimmt, unter welchen ein Einzelnes von einem Einzelnen erworben werden könne, aber ihre Existenz voraussetzt: so daß sie als Existirende nicht aus ihm selber unmittelbar folgen, sondern vielmehr den Grund ihrer Wirklichkeit außer ihm haben, von äußeren Umständen und Verhältnissen bedingt und abhängig sind: indem so für das Recht als Allgemeines, als Begriff, das Recht als Einzelnes und als das eines Einzelnen selbst nur ein Bedingtes und Zufälliges ist; so ist also auch dem Gerichte, als dem lebendigen Organe des Allgemeinen, das Recht als Einzelnes, also in seiner Reflexion auf seine äußerlichen Bedingungen, nach dieser seiner Zufälligkeit gleichgültig und außer seinem Interesse. Ist dies aber der Fall, so liegt auch nothwendig der ganze Kreis der Bedingtheit und Zufälligkeit des Rechtes, also Alles, was sich auf das Vorhandenseyn der Bedingungen, die der Existenz des Rechtes vorausgesetzt sind, der

ganze thatsächliche Grund des Rechtes als solcher außer seiner Sphäre und Thätigkeit.

Dies ist die einzige und allein wahrhafte Stellung des Gerichtes. So ist es wahrhaft die objective, sittliche Macht, die, befreit von dem Interesse der Einzelnheit und seiner Zufälligkeit, allein von dem Rechte als Allgemeinem und Begriffe erfüllt ist, und, von diesem Impulse getrieben, spricht was da Recht sey: und nur dieses einfache Urtheil über das einzelne Recht: es ist, oder es ist nicht — dies ist die eigentliche und alleinige Function des Gerichtes.

Wie das Gesetz den Individuen nur verheißt: wenn ihr das bewirken könnt; so ist das euer Recht: wie es aber ihnen und ihrer Kraft anheimstellt, ob sie die diesen Bedingungen entgegenstehenden natürlichen und sittlichen Mächte bewältigen können, und diese Überwindung der Äußerlichkeit als That der Einzelnen bestimmt; so ist es auch nur Sache des Gerichtes über diese That *) das Urtheil zu sprechen, ob in ihr erreicht

*) Insofern das Gericht über sie urtheilen soll, und sie nur durch dieses Urtheil zur unbedingten Geltung gelangt und als Recht sanctionirt wird; so gehört wesentlich zu dieser That, und sie ist nur wirklich vollbracht, wenn sie dem Gerichte als geschehen aufgewiesen worden ist. — In der Periode der anfangenden Rechtsbildung, wo alle Formen des Rechtes einen symbolischen Charakter haben, tritt daher diese That unmittelbar in dem Prozesse auf; das was den thatsächlichen Grund des in Anspruch genommenen Rechtes bildet, muß vor den Augen des Gerichtes wiederholt werden: So geschah die Besitzergreifung der streitigen Sache, als der natürliche Grund des Eigenthums, vor dem Gerichte durch die vindictae sive festucae impositio in der legis actio sacramenti in rem des alten römischen, und durch den „Anevang" und das „Unterwinden des Gutes" in der Eigenthumsklage des alten deutschen Prozesses. — (Nicht selten betrachtet man die lis vindiciarum als einen Streit über den Besitz und zum Behuf der interimistischen Regulirung des Besitzes. Allein die Erklärung, die Gajus (com. IV. 16.) von dem Gebrauch der festuca bei derselben giebt — festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam justi dominii; maxime enim sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent — beweist evident, daß durch diese symbolische Handlung nur das Recht dargestellt werden sollte, welches von den Parteien an der Sache in Anspruch genommen, und das durch die manuum consertio als streitig bezeichnet

sey, was das Gesetz als Bedingung des Rechtes gefordert hat, oder ob dies nicht erreicht sey.

In diesem Urtheilsspruche hat das Gericht die Verheißung des Gesetzes erfüllt, dadurch das Gesetz als existirende Gerechtigkeit wahrhaft verwirklicht, und, indem diese Verwirklichung es ist, die dem Gerichte zu vollbringen aufgetragen war, seinen Auftrag vollbracht und seinen Beruf wahrhaft vollendet. —

Daß das Gericht Recht sprechen, daß es urtheilen solle, diese Vorstellung findet sich zwar auch im ungebildeten Bewußtseyn, aber diesem, so wie dem von Leidenschaft für sein besonderes Interesse geblendeten, in seinem Rechte angegriffenen, Einzelnen gehört auch die Vorstellung an, daß das Gericht sich für sein vermeintliches Recht interessiren müsse; so wie einem solchen, von Unwissenheit und Leidenschaft befangenen, Bewußtseyn auch wohl das Postulat zu verzeihen ist, daß eben weil es das Gericht als die Macht über sich und seinen Gegner anerkannt hat, auch diesem die Macht über alle Dinge zustehen müsse, die sich der Verwirklichung seines vermeinten Rechtes entgegensetzen, daß dem Gerichte — weil es dessen Hülfe angerufen, und weil es, um dieser, durch das Gericht ihm verheißenen, Hülfe, von dem Gesetze aller Mittel beraubt ist, welche die Verhältnisse seiner Individualität ihm gestattet hätten, um sich selbst Recht zu verschaffen — alle Mittel erlaubt seyn müssen, um ihm zu seinem Rechte zu verhelfen; einem solchen Bewußtseyn ist es endlich auch zu verzeihen, wenn es, im Falle sein vermeintes Recht ihm wegen nicht geführten, mangelnden Beweises nicht zuerkannt wird, den Grund dieses Ausspruches nicht in einer, durch die Natur des Rechtes der Thätigkeit und dem Erkennen des Gerichtes gesetzten,

---

wurde. Und daß diese feierlichen Handlungen auf die Ertheilung des Besitzes durch den Prätor gar keinen Einfluß hatten, was bereits von v. Savigny (Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. III. S. 421. fg.) in Beziehung auf die Interdicte bewiesen worden ist, wird durch die angeführte Stelle ganz außer Zweifel gesetzt, indem Gajus es durchaus unentschieden läßt, wem der Besitz zugesprochen werden solle — postea Praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, i. e. interim aliquem possessorem constituebat. —

Schranke, nicht in dem Nichtkönnen, sondern in dem Nichtwollen des Gerichtes zu finden vermeint; wie denn auch solche Urtheile dem nur reflectirenden Verstande als inadäquat und ungerecht, und als ein genügendes Motiv erscheinen können, der Gesetzgebung die Schuld zu geben, und dasjenige Princip des Verfahrens, welches die Thätigkeit des Gerichtes nur auf das Erkennen des Rechtes beschränkt, für fehlerhaft und unwahr zu erklären. Aber dem begreifenden, die Natur seines Gegenstandes in sich aufnehmenden, Erkennen ist es offenbar, daß das Gericht an dem einzelnen und bestimmten Rechte als solchem nicht interessirt seyn könne, weil dies, als Einzelnes, an der Wahrheit keinen Theil hat, welche das Gericht zu verwirklichen berufen ist, und daß das Gericht dafür nicht interessirt seyn dürfe, weil es alsdann entweder für die Existenz oder Nichtexistenz desselben interessirt seyn würde, also nicht über das Seyn oder Nichtseyn dieses Rechtes urtheilen, sondern nur eine an sich nicht besser, wie die der, an diesem Rechte unmittelbar betheiligten, Individuen, berechtigte Meinung darüber haben könnte. Diesem Erkennen gehört die Einsicht an, daß für das Gericht als Organ des Allgemeinen auch nur das an und für sich Allgemeine im Rechte, seine substantielle Grundlage, die freie Persönlichkeit der Individuen seyn und gelten könne; daß das bestimmte, einzelne Recht daher nur nach diesem seinem Grunde, als Daseyn der Person, von dem Gerichte in Betrachtung gezogen, und, ob und inwiefern es dieses sey, an den in dem Systeme des Rechtes entwickelten und im Civilgesetze bestimmten und anerkannten rechtlichen Kategorien geprüft werden könne, daß es aber nach seiner Beziehung auf die Sphäre der Bedingtheit und Abhängigkeit, seiner Existenz nach, weil das Recht an sich diesen Kreis der Zufälligkeit von sich ausgeschlossen und der natürlichen Individualität der Person, ihren besonderen Interessen und Kräften überlassen hat, die äußerlichen Bedingungen zur Existenz des Rechtes ins Werk zu setzen — auch von dem Interesse und der Thätigkeit des Gerichtes ausgeschlossen, und es den, an diesen Verhältnissen betheiligten, Individuen anheim gegeben sey, das,

was an und für sich als ihre That bestimmt ist, und wie sie diese vollbracht haben, dem Gerichte aufzuweisen. —

Denn — um die entwickelten Begriffsbestimmungen in ihrer Schlußfolge zusammenzufassen — ist es erwiesen, daß das Recht nicht um seines Inhaltes willen, nicht darum, weil die Forderung, welche es enthält, 100, 1000 oder 100,000 Thaler beträgt, weil sie das ganze Vermögen des Berechtigten ausmacht, nicht darum, weil der Grundbesitz, auf welchen es sich bezieht, in den Händen dieses Berechtigten und wie dieser, durch seine sonstigen Verhältnisse und Umstände unterstützt, denselben benutzen würde, von dem allergrößesten Einflusse auf den Gewerbfleiß und das Wohl der Bewohner eines ganzen Bezirkes seyn würde — nicht um dieser in anderen Sphären allerdings wichtigen und bedeutenden Beziehungen seines Inhaltes, sondern nur um seiner Form willen, daß und weil es ein Daseyn des freien Willens, der Person ist, Recht ist und gilt; ist es erwiesen, daß der Inhalt des Rechtes in der Sphäre des Rechtes gleichgültig und ein Verschwindendes ist, daß das, was als Inhalt an ihm erscheint, nur Formbestimmungen, nur ein Gesetztseyn ist, daß also nur das formirende Element, der an und für sich freie Wille, die Person an sich wirklich, und allein das wahre und wirkliche Recht ist: — haben dies die bisherigen Betrachtungen bewiesen — und es hätte in der That dafür gar keines Beweises bedurft, es hätte die formelle Natur des Rechtes als eine Thatsache des Bewußtseyns in Anspruch genommen, und daran erinnert werden können, daß in der Unparteilichkeit, die jede Gesetzgebung von dem Richter fordere, eben grade das Abstrahiren von dem Inhalte des Rechtes und dessen Bezügen gefordert, also das Gelten und die Berechtigung des Inhaltes negirt werde; wenn es nicht hergebracht wäre, auch solche allgemein geltende Bestimmungen nur positiv und isolirt aufzufassen, und in diesen ihren nothwendigen Folgen nicht die Eigenthümlichkeit der Natur des Rechtes selbst zu erkennen — so ist auch erwiesen, daß die Realisation des Rechtes nur die Aufgabe enthält, die Person, als das, was sie an sich

ist, als das freie, sich selbst bestimmende, Rechtssubject, wirklich zu setzen. Aus diesen Bestimmungen folgt aber unmittelbar: daß die einzelnen Rechtsverhältnisse als solche, ihrer Bestimmtheit, ihrem Inhalte nach, weil sie eben nur Formbestimmungen der Person sind, die sowohl ihrer äußeren Existenz, als auch der wirkenden, den besonderen Interessen der Individuen angehörenden, Ursach ihrer Existenz nach zufällig sind, ebensosehr außer dem Interesse des Allgemeinen liegen, als sie an der Nothwendigkeit des allgemeinen Begriffs der Person keinen Theil haben; daß also, ob ein streitiges Rechtsverhältniß so oder anders sich verhalte, für das Allgemeine und dessen Repräsentanten, für das Gericht, an sich ganz gleichgültig ist, und eine Divergenz der factischen Grundlage des Urtheils von dem Verhalten der Thatsachen in der Äußerlichkeit auf die Gerechtigkeit des Urtheils an sich nicht den entferntesten Bezug hat; daß vielmehr — weil es nur die Person ist, die an sich wirklich und an sich das Recht ist, auch nur sie also als wirklich zu setzen ist; weil alle Verhältnisse nur insofern berechtigt sind, als sie ein Daseyn der Person sind, ihr Inhalt also indifferent, die sie berechtigende Form des Daseyns aber nur dann vorhanden ist, wenn sie für Andere sind, wenn sie erweisbar sind — nur das aus den, dem Gerichte erwiesenen, Thatsachen hervorgehende Recht allein und wirklich Recht ist; daß also jene Aufgabe, so wie sie durch die Institution des Gerichtes und daß von diesem einem Jeden, ohne Rücksicht auf seine bürgerlichen Verhältnisse, Recht gesprochen werden solle, durch diese Anerkennung des allgemeinen Wesens der Person, der Rechtsfähigkeit der Individuen, (in dieser Sphäre) von der Gesetzgebung gelöst ist, also von dem Gerichte durch die Anerkennung der Personen in ihrem besonderen erwiesenen Daseyn vollkommen gelöst und die Verwirklichung des Rechtes vollbracht werde. —

Viertes Kapitel.

Kritik der von Zum Bach versuchten Begründung des Untersuchungs-Principes.

Wenn nun auch diese Betrachtungen der allgemeinen Natur des Rechtes zu dem Resultate geführt haben, daß das Recht keine materielle Wahrheit habe, und wesentlich formell sey, das Gericht daher auch nur formelles Recht sprechen könne, daß also eine Untersuchung des Verhaltens der einem streitigen Rechtsverhältniß zum Grunde liegenden Thatsachen in der äußerlichen Wirklichkeit und die Überzeugung des Gerichtes von diesem Verhalten durch eigene Thätigkeit und Nachforschungen — insofern eben die Voraussetzung eines materiellen Rechtes, und daß es in seiner einzelnen Existenz und in der Bestimmtheit, wie es in den Rechtsverhältnissen erscheint, seinem Inhalte nach, Wahrheit habe, und unbedingt gelten müsse, sich als der innerste Grund und die Wurzel des Untersuchungsprincipes ergeben hat *) — außerhalb der Bestimmung des Gerichtes liege, und zur Erfüllung des ihm aufgetragenen Berufes keinesweges nothwendig sey; so gestatten diese Betrachtungen andrerseits doch nicht, dieses Urtheil über das Untersuchungsprincip allgemein und unbedingt zu sprechen: weil nach den in ihnen entwickelten Begriffen des Rechtes die Nothwendigkeit dieses Principes noch in einer anderen Beziehung, als in jener eben widerlegten Voraussetzung begründet und gerechtfertigt werden zu können den Schein hat.

Die Rechtsverhältnisse sind nemlich zwar ihrer Bestimmtheit, ihrem Inhalte nach, zufällig und bedeutungslos, und nach dieser Seite allerdings von keinem Interesse und Werthe für das Allgemeine; aber sie sind doch Formbestimmungen der Person. Da aber die Person heilig und unverletzlich ist, da sie nur als daseyend für Andere ist, da sie also von den Anderen nur für heilig und unverletzlich dadurch gehalten werden kann, daß ihnen

*) Vgl. Abschnitt I. S. 20. u. fg.

ihr Daseyn unverletzlich ist, und da eben die Rechtsverhältnisse die einzige Form sind, in welcher sie für Andere da ist: so könnte man schließen, daß die Nichtanerkennung eines bestimmten Rechtes nicht nur eine Verletzung dieses Rechtes, sondern eine Verletzung der Person selbst sey. Insofern aber die freie Existenz der Person und ihr ungekränktes Daseyn die substantielle Grundlage des Staates bilde, sey also auch durch die Verletzung eines bestimmten Rechtes um jener Formbeziehung desselben der Staat selbst angegriffen, und er daher ebensosehr berechtigt als verpflichtet, die Aufhebung jener Verletzung in der That und wahrhaft zu bewirken. — So würde denn aber doch der an sich zufällige Inhalt der Rechtsverhältnisse von Wichtigkeit und ein nothwendiger Gegenstand der richterlichen Thätigkeit. Denn nur dann erst, wenn das in Frage stehende Rechtsverhältniß in seiner ganzen Bestimmtheit, wie es in der äußerlichen Wirklichkeit existirt hat, ermittelt ist, könne eingesehen werden, ob überhaupt und inwiefern und in welchem Grade eine Rechtsverletzung wirklich geschehen sey. Wolle man also nicht das Gericht in den Fall setzen, daß es durch seine Aussprüche, anstatt das Recht aufrecht zu erhalten, dasselbe vielmehr verletze; so müsse man ihm auch das Mittel zugestehen, die größeste Gewißheit sich über das Verhalten der Thatsachen zu verschaffen, und aus diesen Gründen das Untersuchungsrecht des Gerichtes als eine nothwendige Forderung der Gerechtigkeit allerdings anerkennen.

Gestehe man doch, könnte man mit Zum Bach *) sagen, in dem Falle einer mit peinlicher Strafe bedrohten rechtswidrigen Handlung dem Gerichte ein unbedingtes und unbeschränktes Untersuchungsrecht zu. „Von diesen verpönten Handlungen an, liefen aber an einer in unmerklichen Gliedern gereihten Kette Handlungen von gleicher Beziehung, wodurch das physische Daseyn, die Gesundheit, das Eigenthum der Staatsbürger verletzt werden könne, bis zu den Fällen herab, wo sich die Verletzungen in ganz geringen Eigenthumsbeschädigungen und in der einfa-

*) Vollständige Gegeneinanderstellung 2c. S. 32. u. fg.

chen Nichtanerkennung des Eigenthums verlören"; so daß, da alle diese Handlungen nur quantitativ von einander verschieden seyen, und nur in einer graduell verschiedenen Beziehung auf das Allgemeine ständen, qualitativ aber, als Verletzungen der Person in ihrem Daseyn, insgesammt identisch seyen — ein rationeller Grund nicht aufgefunden werden könne, aus welchem, wenn überhaupt im Allgemeinen ein Untersuchungsrecht dem Richter zugestanden werden müsse, eine diese Gewalt nur auf einige Fälle und gewisse Grade der Rechtsverletzungen beschränkende Gränzlinie hergeleitet und gerechtfertigt werden könne.

In der That aber haben diese Gründe dem Untersuchungs-Principe nur mit einem Opfer den Sieg erkauft, dessen Größe der unbefangenen Betrachtung bei weitem dasjenige überwiegen muß, was durch jene Gründe für die Rechtfertigung des Untersuchungsprincipes irgend gewonnen seyn könnte.

Denn insofern von diesen Gründen auf das Untersuchungs-Princip geschlossen wird, insofern dieser Schluß richtig ist, muß man auch, als eine unmittelbare und ebenso nothwendige Consequenz dieser Gründe, zugeben, daß nicht nur in den positiven Gesetzgebungen, wie Zum Bach selbst behauptet *), die Gränze zwischen dem Civil- und Criminalprozesse ganz willkürlich gezogen sey, sondern daß auch an und für sich betrachtet eine solche Gränze gar nicht existire, und in der allgemeinen Natur des Rechtes ein Unterschied von strafbaren und nicht strafbaren Rechtsverletzungen gar nicht begründet sey. Sind nemlich alle Rechtsverletzungen deswegen, weil jedes Recht ein Daseyn der Person ist, unmittelbar auch Verletzungen dieses innersten und eigentlichen Grundes des Rechtes, des substantiellen Rechtes der freien Persönlichkeit; sind sie also, um dieser Formbeziehung willen, qualitativ identisch: so wäre der einzig mögliche Grund, warum auf gewisse Rechtsverletzungen Strafen verhängt, und andere als straflos angesehen werden sollen, allein in ihrer quantitativen Verschiedenheit, in dem mehr oder minder näheren Be-

*) S. 33. a. a. O.

zuge, den die verletzten Verhältnisse auf die Person haben, zu finden. Allein wenn auch der Grad der Strafe in dem Grade des Vergehens sein Maaß findet, so kann doch in dem Grade des Vergehens an sich niemals der Grund der Strafe überhaupt liegen; sondern — wenn anders ein nothwendiger Bezug zwischen der Strafe und den Rechtsverletzungen Statt findet — strafbare Handlungen und straflose müssen durchaus qualitativ von einander geschieden seyn. Sind also alle Rechtsverletzungen wesentlich und nothwendig qualitativ identisch; so folgt unmittelbar, wenn überhaupt der Grund der Strafe in Beziehung auf das Recht selbst und dessen Natur stehen soll, daß entweder alle Rechtsverletzungen, so groß oder so gering sie auch seyn mögen, strafbar sind, oder alle, ohne Ausnahme, nicht strafbar sind. Werden daher nur gewisse bestimmte Rechtsverletzungen als strafbar angenommen, muß man diese Beschränkung der Strafe als richtig zugeben; so ist eben dadurch nothwendig auch der Grund der Strafe außerhalb des Rechtes, in andere Verhältnisse verlegt, und ihre Nothwendigkeit in Bezug auf das Recht selbst und dessen Realisation geläugnet.

Diese Consequenz führt denn auch Zum Bach *) dahin, den Unterschied der strafbaren Rechtsverletzungen und derjenigen, welche den Gegenstand des Civilprozesses bilden, darein zu setzen, daß die ersteren „den Staatsverein selbst zu verletzen scheinen, wo daher die polizeiliche Staatsgewalt ursprünglich thätig einwirken müsse", zu den letzteren aber diejenigen zu rechnen seyen, welche „die Beziehung auf das Allgemeine in gewissem Grade verlieren".

Aber so ist die Strafe zu einem bloßen Sicherheits- und Schutzmittel herabgesetzt **), ihre Existenz von der Individualität des Staatsvereines, und was nach dieser seinem Bestehen und seiner Ausbildung besonders gefährlich, zu verhüten und zu

---

*) a. a. O. S. 35.

**) Insofern hat Zum Bach allerdings Recht, die richterliche Gewalt a. a. O. eine polizeiliche Staatsgewalt zu nennen.

vermeiden ist, bedingt, für das Recht aber zufällig und gleichgültig geworden. In dieser Beziehung dürfte man nicht sowohl (wie Zum Bach a. a. O. S. 33. thut) die subtilen Unterschiede des französischen Rechtes zwischen strafbarem und nicht strafbarem Betruge tadeln, sondern müßte vielmehr das rügen, daß unsere Gesetzgebungen andere Rechtsverletzungen, die für das Wohl und den Credit des Staatsvereines von weit bedeutenderen Folgen seyn können, als vielleicht ein Betrug um wenige Groschen — wie wenn z. B. die Zahlung einer Forderung von 100,000 Thalern aus Rechtsgründen verweigert worden, die in allen Instanzen nach einem mehrjährigen Prozesse verworfen werden, während dessen aber wegen der zur bestimmten Zeit nicht geleisteten Zahlung das berechtigte Handlungshaus fallirt, und sein Sturz den Ruin vieler anderer Handel-Treibenden veranlaßt hat — straflos halten.

Muß man nicht diesen Gesetzgebungen — wenn eben die Strafe ihren Grund in der Beziehung der Rechtsverletzung auf den Staatsverein, dessen Bestehen, Sicherheit und Entwickelung hat, wenn sie nur auf Gründen der Staatspolitik beruht — die chinesische Gesetzgebung vorziehen, die jede Nichterfüllung eines Vertrages mit öffentlicher Strafe belegt; muß man derselben, die den säumigen Schuldner, die Zurückschickung eines Adoptivkindes, die Einsetzung eines andern Erben als des nächsten Intestaterben u. dgl.*), ebenso wie wirkliche Vergehen und Verbrechen mit Bambusschlägen bestraft, weil ihr eben jede Rechtsverletzung als eine Gefährdrung der Sicherheit des Staates erscheint — nicht den Vorzug der Consequenz zugestehen? Aber ebensosehr kann man auch andererseits — jenen Grund der Strafe vorausgesetzt — in dem Compositionssysteme der germanischen Volksrechte an sich nichts tadelnswerthes finden; ja man könnte selbst gegen eine Gesetzgebung, die gar keine Strafen hätte, die wegen eines Mordes

*) Vgl. Ta-Tsing-Leu-Lee being the fundamental laws of the penal code of China; transl. from the Chinese by G. Th. Staunton. London 1810. — Sect. CXLIX p. 159; sect. LXXVIII. p. 84. — Ganz consequent kommt bei der Strafe des Verzuges die culpa des Schuldners gar nicht in Betracht; nicht einmal bei dem Grade der Strafe, denn dieser ist allein nach der Summe des Rückstandes abgemessen.

ebenso wie wegen Nichterfüllung eines Vertrages nur eine Entschädigungsklage zuließe, an sich nicht nur nichts einwenden, sondern müßte sie sogar, wenn sie durch andere Mittel zu erreichen wüßte, daß Verbrechen nicht häufiger geschehen, als in anderen Ländern, wo die härtesten Strafen darauf gesetzt sind, weil sie eben jene staatspolizeilichen Zwecke, denen die Strafe nur als Mittel dienen soll, auch ohne diese erreicht — für die vortrefflichste erklären.

So führt ihre eigene Consequenz jene Ansicht von der unbeschränkten und unbedingten Geltung des Untersuchungsrechtes zu dem Gegentheile ihrer selbst: sie, die ängstlich darüber wacht, daß dem Rechte sein Recht geschehe, die überall, wo sich der leiseste Zweifel gegen die Gültigkeit eines Rechtes regt, und dessen Anerkennung verweigert wird, den Staat herbeiruft, und seine unmittelbare Thätigkeit und Hülfe dabei in Anspruch nimmt, sie kann nicht die Gerechtigkeit der Strafe, nicht ihre absolute Nothwendigkeit zur Realisation des Rechtes begreifen. — Und zwar aus dem Grunde nicht, weil sie dasjenige, was der eigenthümliche Typus der strafbaren Rechtsverletzungen ist, zum allgemeinen Charakter der Rechtsverletzungen überhaupt erhoben hat.

Allerdings ist zwar überall, wo in der That eine Verletzung des wahrhaft wirklichen Rechtes geschehen, wo die Person auch nur in der geringsten der Formen ihres Daseyns als solche angegriffen und verletzt worden, der Staat unmittelbar betheiligt, und seine Richter daher auch berechtigt und verpflichtet, wie und in welcher Weise jene Rechtsverletzung geschehen sey, selbstthätig zu ermitteln. Aber eben deshalb, weil der Staat unmittelbar betheiligt ist, weil er selbst durch die Verletzung der Person, als in seiner substantiellen Grundlage, verletzt ist, ist auch in allen diesen Fällen seine Strafgewalt begründet; weil jene Verletzungen a n s i c h (ohne Rücksicht, ob näher oder entfernter) das Allgemeine berühren, muß nicht nur dem verletzten Individuum Entschädigung geleistet, sondern auch dem verletzten Allgemeinen durch die Strafe Genugthuung

widerfahren; und **nur** erst durch diese Strafe kann eine solche Verletzung wahrhaft aufgehoben, und das Recht wirklich realisirt und als absolut geltend gesetzt werden.

Ist also auch die Strafe eine absolute Forderung der Gerechtigkeit und die eigene, nothwendige Consequenz einer jeden Verletzung der Person in ihrem Daseyn; so ist doch nicht, wie man meinen könnte, jede Rechtsverletzung an sich strafbar: weil, wie sich aus den betrachteten Verhältnissen der allgemeinen Natur des Rechtes ergiebt, nicht jede Verletzung eines Daseyns der Person eine Verletzung der Person in ihrem Daseyn ist.

Denn wenn auch die Rechtsverhältnisse nur einen Werth haben als Daseyn der Person, und nur, um dieser Formbeziehung willen, gelten, wenn auch die Person nur in diesen Formen des Daseyns für Andere ist, und dieses Daseyn zu ihrer eigenen Existenz wesentlich erforderlich ist; so sind doch beide, jenes Daseyn als die äußerlich existirende Realität, und die Person als das derselben sich bemächtigende, und sie seinem Willen gemäß formirende geistige Element, so wesentlich sie auch auf einander bezogen sind, doch auch unmittelbar und wesentlich von einander unterschieden. Durch diese ihre unmittelbare Unterschiedenheit ist aber unmittelbar die Möglichkeit gesetzt, daß das, was ein Daseyn der Person ist, verletzt werden könne, ohne dadurch die Person selbst zu verletzen, und sie in ihrer absoluten Berechtigung und Rechtsfähigkeit nicht anzuerkennen. Aber nicht nur dies; sondern indem, wie in den einleitenden Betrachtungen dieses Abschnittes bereits ausgeführt worden, der Realität die ihr gegebene Form des Daseyns der Person, um ihrer Äußerlichkeit willen, gleichgültig bleibt und nur äußerliche Form an ihr ist, ist unmittelbar durch die eigene Natur des Rechtes — nicht an ihm selbst den Inhalt für seine bestimmende Thätigkeit zu haben, sondern an einer äußerlich vorgefundenen Natur, und an dieser ihm äußerlich bleibenden Realität nur **Form** zu seyn — das bestimmte Daseyn der Person als ein äußerlich Bedingtes und Zufälliges, und seine Existenz als **zweifelhaft** gesetzt.

Insofern aber seine Existenz nicht an und für sich gewiß, sondern zweifelhaft ist, indem es bezweifelt werden kann, ob die Thatsachen sich wirklich so verhalten, als sie sich zu verhalten scheinen, und ob in denselben, wenn dies auch der Fall ist, alle Bedingungen erfüllt sind, welche zur Existenz einer bestimmten Form des Daseyns der Person erfordert werden, indem so der thatsächliche und Rechtsgrund der Rechtsverhältnisse keine absolute Evidenz haben: aus diesen Gründen ist also die Nichtanerkennung eines bestimmten Rechtes, weil seine thatsächlichen oder seine Rechtsgründe in Zweifel gezogen werden, nicht nur nicht eine wirkliche Rechtsverletzung, eine Verletzung der Person in ihrem Daseyn, sondern sie ist vielmehr, so lange jene Zweifel nicht gehoben sind, ebenso berechtigt, als es jenes Recht ist, wenn dieselben gehoben sind. Weil also die Existenz eines besonderen Rechtes an sich zweifelhaft, und es ebensosehr möglich ist, daß es ist, als daß es nicht ist; so ist es daher nicht eher wirkliches Recht, und hat nicht eher Theil an dem absoluten Gelten des Rechtes, es ist nicht eher ein Zwangsrecht, bis seine Existenz zur gewußten Gewißheit geworden ist; und sie ist dies, weil sie eben darauf Anspruch macht, eine Existenz des Rechtes zu seyn, nicht eher, als bis sie von dem allgemeinen Rechte durch sein Organ, das Gericht, als solche anerkannt ist.

Diese gegen die Existenz eines besonderen Rechtes sich erhebenden Zweifel zu lösen, diese durch die formelle Natur des Rechtes selbst hervorgebrachten Collisionen der Rechtsverhältnisse aufzuheben, das, was wirklich ein Daseyn der Person, was wirklich Rechtens ist, in den vorausgesetzten thatsächlichen Verhältnissen zu erkennen, dies ist der eigenthümliche Beruf des Civilgerichtes und der Civilprozeß das eigenthümliche Mittel zu diesem Zwecke.

Der Civilprozeß ist daher eine durch die Natur des Rechtes selbst zu seiner Realisation ebenso nothwendig gesetzte als auch von dem Criminalprozesse wesentlich unterschiedene Sphäre.

Beide sind durch die Unterschiedenheit des sie bedingenden und setzenden Grundes sowohl, als auch des ihnen vorausge-

setzten Verhaltens der betheiligten Einzelnen, als endlich in der Richtung der Thätigkeit des Gerichtes einander entgegengesetzt, und durchaus getrennt. Das Gebundenseyn des Rechtes in seinem Daseyn an die äußerliche Realität und deren Zufälligkeit veranlaßt den bürgerlichen Rechtsstreit, und, um diesen aufzuheben, den Civilprozeß und das Urtheil des Civilgerichtes; die durch die Freiheit der Individuen gesetzte Möglichkeit der Verletzung des, als geltendes und existirendes Recht gewußten und gekannten, Rechtes ruft die Strafgewalt zur Aufrechthaltung des Rechtes hervor, und bedingt den Criminalprozeß: in dem Civilprozesse stehen sich Parteien gegenüber, welche das Recht an sich, und daß es gelte, wollen, und die nur durch die Ungewißheit der Thatumstände oder durch collidirende Rechtsgründe über das, was unter ihnen Rechtens sey, in Zweifel gesetzt sind; in dem Criminalprozesse steht dem Rechte an sich ein Individuum gegenüber, welches seine Gültigkeit geläugnet, und entweder unter dem Scheine desselben nur seine besonderen Interessen verfolgt hat (Betrug), oder offenbar dasselbe gebrochen hat: dort hat das Gericht das in seinen einzelnen Formbestimmungen mit sich selbst in Conflict gerathene Recht aus dieser Collision und dem Zwiespalte der Meinungen wiederherzustellen, hier ist es die rächende Macht des Allgemeinen, welche den Bruch des Rechtes bestraft.

Das also, was der allgemeine Charakter aller Rechtsverletzungen seyn sollte, Verletzung des substantiellen Rechtes der Persönlichkeit, Verletzung der Person in ihrem Daseyn als solcher, ist vielmehr das besondere Kriterium der strafbaren Rechtsverletzungen; von diesen das, die Sphäre des bürgerlichen Rechtsstreites bildende, unbefangene Unrecht absolut geschieden, und eben deshalb auch das Untersuchungsrecht des Gerichtes, weil es nur als eine nothwendige Folge einer wirklichen Rechtsverletzung behauptet, und nur in dieser Voraussetzung begründet wurde, und weil eben diese Voraussetzung der Sphäre des Civilprozesses nicht nur fremd, sondern ihr grade entgegengesetzt

ist

ist — von dieser Sphäre durch ihren Begriff und durch ihre eigenthümlichen Voraussetzungen absolut und nothwendig ausgeschlossen.

Fünftes Kapitel.

Kritik der von Puchta versuchten Begründung des Untersuchungsprincipes.

Wenn man aber auch zugeben müsse, daß nur in der Voraussetzung, daß ein Rechtsstreit auch möglich sey ohne eine wirkliche Rechtsverletzung, und daß von den im Streite begriffenen Parteien das Recht an sich und dessen Anwendung auch in ihrem Streite gewollt werde, der Civilprozeß als eine eigenthümliche für sich bestehende Sphäre an sich begründet sey; so, könnte man einwenden, sey es doch noch eine andere Frage, ob diese Voraussetzung in der Wirklichkeit in allen Fällen eintreffe. Diese Frage müsse man aber verneinen. Man müsse mit Puchta*) daran erinnern, „daß nur zu oft das besondere Interesse über den Willen der Parteien, das Recht zu wollen, den Sieg davon trage, daß sich, weil das Gesetz sich nicht danach füge, wenigstens das Factum danach fügen solle, und ein Jeder dessen Merkmale so darstelle, wie sie den ihm vortheilhaften Merkmalen des Gesetzes entsprechen. So werde die Beweisführung nothwendig; eine Last, die in der Regel wenigstens ebenso oft das Werk des unrechtlichen Benehmens des Gegners sey, als die Nichtanerkennung des Hauptrechtes, da ja der Kläger nur darum beweisen müsse, weil der Beklagte die Wahrheit nicht freiwillig zugestehe, und, daß wider bessere Überzeugung widersprochen werde, ebenso oft der Fall sey, als das Gegentheil."

„Nach dem Zeugnisse der Erfahrung sey also nur allzuoft die, wie zugegeben worden, das Untersuchungsrecht begründende Voraussetzung eines widerrechtlichen Verhaltens und einer wahr-

*) Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis. Th. I. No. 2. S. 25. u. f.

haften Rechtsverletzung auch innerhalb des Civilprozesses vorhanden. Man müsse daher allerdings auch dem Civilrichter das Untersuchungsrecht zugestehen, und um somehr dasselbe zum leitenden Principe seiner ganzen Thätigkeit erheben, wenn man beachte, daß gegen ein solches widerrechtliches Verhalten dem Gegner nur das so precäre und dem Kampfe mit der Unredlichkeit nur selten gewachsene Nothmittel des Beweises offen stehe, daß also, wenn nicht in die von der Lüge und Unredlichkeit überwogene Schaale des Rechtes ein Gegengewicht durch die Verpflichtung des Richters zur selbstthätigen Ermittelung der Wahrheit von der Gesetzgebung gelegt werde: das günstige Urtheil nicht ein Preis des Rechtes, sondern der Klugheit, List und Gewandtheit seyn, und so der Staat seiner ersten Pflicht, das Recht zu schützen, nicht genügt haben würde".

Allerdings liegt in dem Bestreiten eines Rechtes wider besseres Wissen, in dem wissentlichen Vorbringen falscher Thatsachen und dem Verschweigen des wahren Sachverhältnisses eine wirkliche Rechtsverletzung; allerdings begeht eine Partei, die unter dem Scheine des Rechtes nur ihre besonderen Interessen verfolgt, und die Formen des Rechtes nicht als an und für sich geltende anerkennt, sondern zu ihren Zwecken benutzt und mißbraucht, einen offenbaren Betrug. Aber was folgt daraus anderes, als daß ein solcher Betrug wie jeder andere bestraft werden müsse, und zwar wie jeder andere Betrug von dem Gerichte, welches bestimmt ist, die rechtswidrigen Handlungen zu strafen, und nach dem dieser strafenden Gewalt eigenthümlichen Verfahren? Auf den Civilprozeß aber die dem Criminalprozesse eigenthümlich angehörende und in seinem Wesen begründete Form des Verfahrens zu übertragen, sich aus dem Grunde berechtigt zu halten, weil betrügliche, unerlaubte Handlungen auch in dem Civilprozesse geschehen können, und wie die Erfahrung lehre, oft geschehen: dieser Schluß von dieser Prämisse auf das Untersuchungsprincip wäre nur alsdann wahr, wenn eben die Formen etwas Beliebiges und Willkürliches wären, die, außer allem Zusammenhange mit der Natur der Sache, geändert werden

könnten, ohne das Wesen der Sache selbst zu ändern und zu zerstören. Denn nur alsdann wäre es möglich zu glauben, daß durch die Einführung jener auf einer, wie in den vorigen Betrachtungen entwickelt worden, ihm an sich entgegengesetzten Voraussetzung beruhenden Form das Wesen des Civilprozesses nicht aufgehoben würde. Glaubt man dies, und hält jenen Schluß für richtig, so muß man auch zugeben, daß wenn auch die Individuen an sich frei seyen, und es ihrer freien Willensbestimmung daher an sich zwar überlassen sey, wie und welche Rechtsgeschäfte sie untereinander abschließen wollen, doch in der Erfahrung, daß nur zu Viele das Gesetz der Freiheit nicht in sich trügen, und durch List und Betrug einander auf eine Weise übervortheilten, die es schwer und oft unmöglich mache, den Betrug zu entdecken, und dem Betrogenen Entschädigung zu verschaffen — ein genügender Grund liege, um jene unmittelbare Freiheit aufzuheben, und die Vollziehung eines jeden Rechtsgeschäftes von der Prüfung und Genehmigung der richterlichen Obrigkeit abhängig zu machen. In der That wäre dies nur eine weitere und nothwendige Consequenz der jenen Schluß begründen sollenden Prämissen, und nur erst in dieser weiteren Consequenz würde jene gemeinte Realisation des Rechtes, die man durch die Übertragung der Untersuchungsmethode auf den Civilprozeß zu erreichen beabsichtigt, wirklich erreicht seyn; so daß alle Gründe, welche man zur Rechtfertigung der Untersuchungsmaxime in dieser Beziehung anführen könnte, unmittelbar auch für die Nothwendigkeit und Richtigkeit dieses weiteren Schlusses sprechen, alle Gründe aber auch, welche seine Unwahrheit beweisen, ebenso unmittelbar jene Rechtfertigung des Untersuchungsprincipes widerlegen.

Wollte man nemlich für dasselbe anführen, daß es ja nur ein unnützer Umschweif seyn würde, zur Ahndung eines im Civilprozesse begangenen Betruges einen besonderen Criminalprozeß anzustellen, und nicht jenen sogleich auf die vollständige Untersuchung und Ermittelung der unerlaubten Handlung zu richten, und in dem Urtheile die Strafe dafür auszusprechen; so könnte

man doch auch nicht läugnen, daß die Civilprozesse zum großen Theil und selbst viele Criminalprozesse vermieden werden könnten, wenn eben jedes Rechtsgeschäft nur unter Auctorität des Staates und nach sorgfältiger Prüfung, daß kein Theil den andern darin, auch nicht im geringsten, übervortheile, geschlossen werden dürfte, und die in diesen öffentlich sanctionirten Geschäften begründeten Rechte unmittelbar zu Zwangsrechten erhoben würden. Und wenn man die in jenem Schlusse begründete Untersuchungsmaxime dadurch rechtfertigen wollte, daß, weil sie nur die Realisation des Rechtes zum Zwecke habe, alle diejenigen, welche das Recht wollen, die wirklich Freien, durch sie weder in ihrer Freiheit, noch in ihrem Rechte gekränkt würden; so muß man auch zugeben, daß durch eine nothwendige Bestätigung jeder Rechtsgeschäfte von Obrigkeitswegen die rechtlich gesinnten Bürger weder in der Verfolgung ihrer Zwecke, noch in der Ausübung ihrer Rechte beeinträchtigt würden.

Will man aber als einen Grund gegen die Vernunftmäßigkeit einer solchen Institution die Hindernisse anführen, die sich ihrer vollständigen Ausführung entgegensetzen, und die Unmöglichkeit, daß die prüfende Behörde alle Listen und Ränke durchschaue; so muß man dasselbe Argument auch gegen die Vernunftmäßigkeit des Untersuchungsprincipes gelten lassen, da auch dies seinen Zweck, die Wahrheit zu erforschen, und nur das materielle Recht zum formellen Rechte zu erheben, wie Puchta selbst gestanden hat *), nie anders gewiß erreicht, als durch einen günstigen Zufall.

Und wenn man endlich die Vernünftigkeit einer solchen Institution an sich angreift, wenn man dieselbe vielmehr als „einen Eingriff in den Freiheitskreis, welcher der Intelligenz zu ihrer geistigen Kraftäußerung und zu ihrer ethischen Vervollkommnung, mithin zur Erreichung der Zwecke ihres Daseyns unangetastet bleiben müsse" **), betrachtet;

---

*) a. a. O. S. 51. Anmerkung.

**) Es sind dies Zum Bach's (a. a. O. S. 35.) Gründe für die Nothwendigkeit der Beschränkung des Untersuchungsrechtes im Civilprozesse

wenn man behaupten muß: daß eine solche tutelarische Institution, anstatt die Realisation des Rechtes auf den höchst möglichen Grad zu bringen, vielmehr die innerste Wurzel und den substantiellen Grund des Rechtes, die Freiheit, aufhebe, weil eben die Person, wie sie nur ist als handelnd, auch nur frei ist als frei handelnd; daß vielmehr der Staat als erste und unmittelbare Realisation des Rechtes, die Individuen als freie und frei handelnde Personen zu setzen, und wenn Einzelne das Gesetz der Freiheit in ihren Handlungen verletzen, diese Verletzungen zu strafen habe, aber um dieser einzelnen Übertretungen der Freiheit von Einzelnen nicht die allgemeine Voraussetzung, daß die Person als an sich freies Wesen nach dem an und für sich seyenden Gesetze der Freiheit handeln werde, absolut aufheben und die Freiheit selbst vernichten dürfe: — so ist unmittelbar dadurch erwiesen: daß jene, grade das eigenthümliche und unterscheidende Wesen des Civilprozesses bildende, Voraussetzung — daß die betheiligten Individuen im Gesetze der Freiheit handeln und nur das Recht wollen — auch in dieser Sphäre nicht wegen einzelner Verletzungen allgemein aufgehoben, sondern nur der Bruch dieser Voraussetzung im einzelnen Falle gestraft werden dürfe; daß also durch die Übertragung der Untersuchungsmethode auf den Civilprozeß — weil und insofern sie eben die Individuen als unfreie und wider das Gesetz der Freiheit handelnde in ihrem Grunde voraussetzt — das Recht ebenso sehr in seiner Wurzel

---

durch die Anträge der Parteien. Um wie vielmehr müssen sie also die Unzulässigkeit der Untersuchung der abzuschließenden Rechtsgeschäfte von Amtswegen ohne Verlangen der Contrahenten beweisen? — Freilich beweisen sie, nach dem Resultate ihrer obigen Entwickelung und näheren Bestimmung, noch mehr: daß nemlich die Untersuchungsmaxime dem Wesen des Civilprozesses überhaupt widerspreche; und dies — wie jeder Versuch, eine Beschränkung des Untersuchungsrechtes rationell zu erklären, unmittelbar den Beweis enthalte, daß diese Methode überhaupt in jenen Fällen unanwendbar sey — an einem evidenten Beispiele zu zeigen, veranlaßte eben die Aufnahme jener Gründe Zum Bach's.

verletzt sey *), als es die Einführung einer tutelarischen Oberaufsicht des Staates über alle Rechtsgeschäfte verletzen würde **).

Sechstes Kapitel.

Fortsetzung. — Allgemeine Betrachtungen.

Aber wenn es doch eine Thatsache der Erfahrung ist, daß die Civilprozesse in jetziger Zeit zum großen Theil an sich unzweifelhafte und aus nichtigem Grunde angefochtene Rechte zum Gegenstand haben, daß eine große Zahl der Rechtsstreite nicht in der Ungewißheit und in dem Zweifel, was Rechtens sey, sondern in der Hoffnung, durch die Formen des Prozesses und die Schwierigkeit des Beweises von einer, als gesetzlich vollkommen begründet erkannten, Verbindlichkeit sich wenn auch nicht ganz befreien zu können, doch wenigstens ihre Erfüllung so weit als möglich hinauszuschieben — ihre Entstehung finden: darf denn die Gesetzgebung diesen Zustand bestehen lassen; muß sie nicht vielmehr thätig dagegenwirken? Allerdings. Aber, erwiedern wir, darf denn die Gesetzgebung sich damit begnügen, daß jener Zustand eine Thatsache der Erfahrung ist; kann dieselbe, ohne die Gründe desselben zu erforschen, unbekümmert um

---

*) An sich, d. h., dem Grunde und der wesentlichen Voraussetzung seiner Form nach, ist daher der preußische Prozeß allerdings inquisitorisch.

**) Wenn Klein (Annalen Band XIII. S. 319.) den Vorwürfen, daß der preußische Civilprozeß inquisitorisch sey, entgegensetzt, daß vielmehr, indem der Richter nicht über die Anträge der Partei hinausgehen könne, und indem kein articulirtes Verhör Statt finde, nicht nur der wesentliche sondern auch der zufällige Unterschied vom Criminalprozesse festgehalten sey; so trifft diese Widerlegung jenen eigentlichen Sinn dieser Vorwürfe nicht im entferntesten. —

In dieser eben betrachteten Beziehung, in den Motiven, die in diesem Kapitel geprüft wurden, gegründet, erscheint das Untersuchungsprincip allerdings, wie v. Feuerbach (Betrachtungen ꝛc. Bd. I. S. 339. 390.) es darstellt, als eine Obervormundschaft des Staates über die Rechtssachen der Bürger, als ein Eingriff in die Freiheit und Würde des zu seinen Jahren gekommenen Staatsbürgers. —

seine Ursachen, mit Erfolg handeln; und ist denn überhaupt die Untersuchungsmaxime, abgesehen von allen anderen bisher betrachteten Gründen, ein wirksames Mittel gegen jenes Übel?

Wäre freilich die Realisation des Rechtes dadurch vollendet, daß vom Staate allgemeine Bestimmungen über das, was Recht seyn solle, gegeben, und daß diese in allen Beziehungen und Verhältnissen zur Ausführung gebracht werden *); hätte das Recht keinen anderen Grund, als daß es von der Staatsgewalt als Geltendes gesetzt ist; wäre sein Inhalt etwas Beliebiges und Zufälliges; wären die despotischen, widersinnigen und unnatürlichen Bestimmungen chinesischer, indischer, türkischer und mancher römischen und deutschen Gesetze, weil sie eben Gesetze sind, an sich ganz gutes Recht; beschränkte sich also die Realisation des Rechtes vielmehr nur auf die Vollziehung der gegebenen Gesetze, auf die Erkenntniß und Festsetzung derjenigen Formen, durch welche dieser Zweck am besten erreicht werden könne: dann wären allerdings die Gründe jener Erscheinung für die Gesetzgebung ganz gleichgültig, da sie alsdann in der That nichts Anderes, also auch nichts Besseres thun könnte, als diejenige Form zum leitenden Principe des Civilverfahrens zu erheben, welche dem Richter die größeste Gewalt giebt, jenem Mißbrauche der einmal nothwendigen Prozedur selbstthätig entgegenzuwirken, und die dadurch nicht zurückgeschreckte Chicane mit harten Strafen zu bedrohen. —

Wenn aber vielmehr das Recht etwas an und für sich seyendes und Ursprüngliches ist, wenn es Theil hat an der ewigen Wahrheit und Vernunft, und als die Form, in welcher dieselbe für Alle ist, und durch welche Alle derselben theilhaft

---

*) Selbst Zum Bach, ungeachtet er die Realisation der Rechtsordnung für den höchsten Zweck des Staates erkennt, verlangt von dem Staate zur Erfüllung jenes Zweckes weiter nichts, als: allgemein gültige Bestimmungen über das, was Recht seyn soll, und auf welche Weise dessen Feststellung, Aufrechthaltung oder Wiederherstellung in den concreten Fällen des Zweifels, der Bedrohung oder Störung bewirkt werden solle. (a. a. O. S. 1.)

werden sollen, die absolute Natur des Geistes zu seinem absoluten und uranfänglichen Inhalte hat, der, als solcher dem Staate vorausgesetzt, in ihm nur seine Entwickelung, Gestaltung und Daseyn als der erzeugende, belebende und erhaltende Organismus der ganzen geistigen Welt zu gewinnen hat — eine Entwickelung, deren Geschichte in der Geschichte der Staaten und der Gesetzgebungen enthalten ist; wenn es also die Aufgabe des Staates ist, diese ihm vorausgesetzte Substanz des Rechtes zur Form und zum gewußten, wirklichen Gesetze seiner selbst und der von ihm umfaßten geistigen Welt zu erheben; wenn also in der Pflicht des Staates, das Recht zu realisiren, nicht bloß die Forderung liegt, daß die geltenden Gesetze vollzogen, und unbedingt von Allen befolgt werden, sondern auch die Forderung, daß das, was als Recht der Einzelnen, des Staates und seiner Gliederungen gesetzt ist, dem an und für sich seyenden Rechte, entspreche, daß es vernünftig sey: — dann ist die Erkenntniß der Ursachen jener Erscheinung so gewiß von der höchsten Bedeutung für die Gesetzgebung, als dann die Untersuchungsmaxime die unzureichendste und zweckwidrigste legislative Maaßregel ist, die nur irgend ergriffen werden könnte.

Denn ist es wahr, und wer könnte es läugnen, daß die durch die Natur des Privatrechtes nothwendig gesetzte Form des Anerkenntnisses eines Rechtes durch das Organ des Allgemeinen, das Gericht, ehe es ein Zwangsrecht werden kann, nicht als eine Institution des Gesetzes angesehen wird, um die an sich möglichen Zweifel über die Existenz oder Nichtexistenz der einzelnen Rechte auf eine, für die Betheiligten überzeugende, Weise zu heben, sondern nur zu häufig in unserer Zeit als ein diensames Mittel betrachtet und benutzt wird, um die besonderen Interessen unter dem Scheine des Rechtes gegen das Gesetz und gegen das, was nach ihm Rechtens ist, zu behaupten; so ist dies 1) ein Zustand, der an sich unsittlich ist, der nicht nur in seinen Folgen die Wirklichkeit des Rechtes gefährdet, sondern an und für sich dem Rechte entgegengesetzt ist, und mit seiner Realität in offenbarem Widerspruche steht. Nicht also seine

möglichen Folgen allein, sondern dieser Zustand selbst ist es, welchen die Gesetzgebung aufzuheben die Pflicht hat.

Aber insofern dieser unsittliche Zustand allgemein ist, insofern es nicht nur Einzelnen, sondern der Mehrzahl, der in Rechtsstreiten befangenen Staatsbürger erlaubt erscheint, die Formen des Prozesses zu benutzen, um sich gegen das Gesetz zu vertheidigen, und dem Rechte und dessen Folgen sich nur in dem äußersten Falle der Noth, wenn alle Ausflüchte, die nur irgend möglich waren, erschöpft sind, zu bequemen; so ist dies 2) ein abnormer Zustand, der nicht in der allgemeinen Natur der Dinge seinen Grund hat, sondern durch besondere wirkende Ursachen hervorgebracht ist, und daher auch nur in und mit diesen Ursachen gehoben werden kann.

Eine dreifache Ursache aber vermag diesen Zustand zu erzeugen.

Wenn es auch außerhalb der Sphäre des Rechtes liegt, was und wieviel ein Jeder besitze, wenn es auch der Thätigkeit und dem Glücke eines Jeden anheimgegeben ist, das Besitzthum, wonach er strebt, zu erwerben; so ist es doch eine nothwendige, ja die erste Forderung des Rechtes, daß die Person soviel habe, und soviel erwerben könne, als zu ihrem Daseyn nothwendig erforderlich ist; weil eben die Person nur ist als daseyend, und sie selbst also in der That nur anerkannt ist, wenn ihr die Möglichkeit des Daseyns gewährt ist. Wenn daher der Staat nicht genug Erwerbsquellen mehr besitzt, und neue zu eröffnen entweder nicht weiß oder will oder vermag, um allen seinen Bürgern ihre Existenz zu sichern, wenn Noth und Verarmung ausbrechen; wenn so die Voraussetzung nicht mehr erfüllt ist, unter welcher ein Jeder das Recht anerkennt, und die Anderen als Personen respectirt — daß auch er eine Person sey, und ein Eigenthum sich gewinnen könne; wenn so die Verheißung des Rechtes und diese Grundbedingung zu seiner Realisation nicht mehr erfüllt ist: was ist natürlicher, wenn es auch niemals aufhören wird, unrecht und strafbar zu seyn — freilich aber ein durch die Schuld des Ganzen hervorgerufenes Unrecht —

als, daß diejenigen, welche in jener Voraussetzung getäuscht sind, darin ein Motiv finden, auch die anderen Personen nicht mehr in ihrem Daseyn zu respectiren, oder doch sich wenigstens in ihrem letzten Besitze, in ihrer letzten Habe auf unredliche Weise zu schützen.

Ferner: wenn das in den Gesetzen geltende Recht an sich nur formell, nur Recht ist, weil es gesetzt ist, aber nicht an und für sich Recht, nicht das, was die in der Geschichte sich entwickelnde Vernunft als die Bestimmungen der absoluten Natur des Rechtes für die Verhältnisse des bürgerlichen Lebens und der Einzelnen zur Kenntniß des Bewußtseyns gebracht hat; alsdann, mögen die Formen des Prozesses seyn welche sie wollen, so streng, als nur möglich, mag dem Richter alle nur mögliche Gewalt gegeben seyn, der Unredlichkeit entgegenzuwirken, dann wird, zumal in unserer Zeit, in welcher die Subjectivität zu dem Rechte gelangt ist, daß, was als Recht gelte, auch für sie Recht sey, aus dem eigenen Gesetz ihrer Freiheit folge, und wo andrerseits die prätorische, das Civilrecht bessernde, Gewalt den Gerichten nicht gegeben ist, und nicht gegeben werden kann — das an sich berechtigte Recht mit den Waffen der Klugheit, List und Gewandtheit, da ihm die Waffe des Gesetzes versagt ist, über das gesetzlich berechtigte Unrecht den Sieg zu erkämpfen suchen — ein Kampf, der zwar an sich unrecht, an sich böse ist, aber dessen Schuld doch die Gesetzgebung, da sie ihn veranlaßt, selbst trägt.

Oder aber jener Zustand ist nur eine einzelne Erscheinung eines allgemeinen Übels — des fürchterlichsten, das Bestehen des Staates selbst bedrohenden Übels: daß das Recht selbst aufgehört hat, als etwas an sich heiliges und absolutes zu gelten, daß es zu einer todten, leeren Form geworden ist, und daß die subjectiven Zwecke und Interessen zum allein herrschenden Gott der Welt sich erhoben haben, welche die Formen des Rechtes, weil diese, damit nicht das rohe Gesetz der Gewalt allein entscheide, im Ganzen vortheilhaft sind, zwar bestehen lassen, aber diesel-

ben, weil sie ihnen nur jenes Vortheils willen gelten, zu umgehen, wenn sie es nicht sind, keinen hemmenden Grund kennen. —

Und wer könnte es läugnen, daß unsere Zeit nur zu viele Zeichen eines gesunkenen, um nicht zu sagen, erloschenen rechtlichen und sittlichen Gefühls offenbart, und so viele, die deutlich erkennen lassen, daß jene Depravation bereits die edleren Theile der bürgerlichen Gesellschaft angegriffen hat? Wer, der nur einige Zeit die täglichen Erscheinungen in Civil- und Criminalgerichten beobachtet hat, könnte nicht zahlreiche Beispiele einer solchen Verderbniß, der Verläugnung alles sittlichen und rechtlichen Gefühls aus allen Ständen der Gesellschaft anführen?

Aber wie jene Ursachen überhaupt in Beziehung und Wechselwirkung stehen, wie, wenn nicht das rechtliche Gefühl bereits gesunken, wenn nicht die Gesinnung, daß das Recht an und für sich gelte, und daß, was einmal als Recht gesetzt ist, so lange es nicht auf gesetzlichem Wege aufgehoben ist, unbedingt gelten müsse und Recht sey, wankend geworden ist, weder die Noth, noch unzweckmäßige oder selbst unvernünftige Bestimmungen der Gesetze einen allgemeiner gewordenen, offenen oder heimlichen, Widerstand gegen ihre Anwendung veranlassen werden; wie aber auch andrerseits die Noth und an sich unwahre Gesetze eine solche unsittliche Gesinnung, wenn auch nicht allein erzeugen, doch dazu mitwirken und sie nähren; so ist es denn auch nicht diese allein, sondern es sind auch jene anderen Ursachen, deren Existenz wir zu beklagen haben.

Denn, wenn auch unsere Gesetzgebung im Vereine mit der Staatsverwaltung sehr Vieles, und bei weitem mehr, als in anderen Staaten geschehen ist, gethan hat, um die bürgerliche Gesellschaft auf dem Punkte zu erhalten, wo sie die Subsistenzmittel für die Erhaltung ihrer Glieder zu gewinnen vermag; so konnte sie doch nicht das allgemeine Schicksal der bürgerlichen Gesellschaft und ihren natürlichen Verlauf aufhalten: sie konnte nicht verhindern, daß dieselbe, die Höhe ihrer Ausbildung erreichend, durch die Mittel, welche sie dazu führen, den Keim ihrer

Zerstörung in sich aufnahm; nicht verhindern, daß die Extreme, zu welchen sich die Industrie gesteigert hat, die, in ihrer reißenden Entwickelung die Arbeit immer mehr zersplitternd, täglich neue Gewerbe hervorruft, und sie ebenso schnell wieder verschwinden läßt, und daß der von den reicheren Productionen der Gewerbe und den Umschwung des Handels hervorgerufene und immer zunehmende Luxus in Verbindung mit der immer allgemeiner werdenden formellen Bildung, die Zahl der nothwendigen Bedürfnisse des Lebens und des Standes täglich immer mehr vergrößernd, einen immer wachsenden Stand der Noth erzeugt, und eine immer mehr um sich greifende Verschuldung und Verarmung in allen Ständen verursacht haben. —

Wenn auch ferner unsere Gesetzgebung seit ihrer neuen Schöpfung, dem Willen und Geiste ihres großen Gründers getreu, immer mehr bestrebt war, sich in der Vernunft zu gründen, und in Bezug auf materielle Interessen, Alles, was die Zeit als vernunftgemäß erkennen ließ, in sich aufnehmend, zu allgemeineren Reformen geschritten ist; so enthalten doch die einzelnen Civil- und Criminalgesetze noch genug positive Bestimmungen, welche, den Geist der Verhältnisse, auf welche sie sich beziehen, verfehlend, dieselben lähmen, entnerven, oder ganz entsittlichen. Aber nicht nur in einzelnen und besonderen Verhältnissen, sondern auch in den ersten, allgemeinsten, auf Alle und einen Jeden sich beziehenden Grundbestimmungen sind viele Forderungen des an und für sich seyenden Rechtes nicht erfüllt, Vieles positiv, Vieles seinem Zwecke entgegenwirkend. Und um nur an das Bedeutendste zu erinnern; so ist das höchste und absolute Recht der Person, das Recht auf ihre persönliche Freiheit und auf dasjenige, was zur Erhaltung dieses ihres unmittelbaren Daseyns unentbehrlich ist, nicht geachtet, und daß die persönliche Freiheit und das, was zur Erhaltung des Daseyns unmittelbar erforderlich ist, unendlich höher berechtigt sey, als irgend ein bestimmtes Recht, das ja, nur als Daseyn der Person Recht seyend, mit der Person selbst und ihrem unmittelbaren Daseyn nicht in Collision treten kann — nicht anerkannt. Die Freiheits-

Beraubung ist ein Executionsmittel; und, wenn gleich dem unglücklichen Schuldner durch Abtretung seines Vermögens seine Freiheit zu erhalten gestattet ist; so ist diese Wohlthat eben dadurch wieder aufgehoben, daß sie ihm nur dann zu Theil wird, wenn er seine ganze Habe Preis giebt, dadurch, daß, was allgemeines Recht eines Jeden ist, eine Competenz zu verlangen, soviel behalten zu dürfen, als zu seiner „Kleidung, Wohnung, Kost und Geräthschaft" erforderlich ist, nur als ein Privilegium gewisser Stände und Personen gilt *), dadurch, daß das Gesetz selbst, wenn auch nur im Fall „der dringendsten Noth", doch in diesem (und zwar gilt dafür die Unmöglichkeit, durch andere Mittel den Gläubiger zu befriedigen) „einen Bürger des Staates zu Grunde zu richten", das Recht giebt **).

Gedenken wir noch der Mängel in unserer Gesetzgebung, über die Ehre, der zum großen Theil illusorischen Strafen der Ehrenkränkungen, und der, den Zweck derselben ganz vereitelnden, Form des Verfahrens, und wie dieselbe an negativen Bestimmungen über die Ehre so reich, positiver Grundbestimmungen über dieselbe fast ganz entbehrt; so daß die Meisten nicht, daß sie eine Ehre haben, sondern nur, daß sie eine Ehre gehabt haben, durch die, ihnen dieselbe entziehenden, Strafurtheile erfahren; gedenken wir endlich noch des so geringen Schutzes gegen den Wucher, und wie dieses giftige Erzeugniß eines stagnirenden Zustandes der bürgerlichen Gesellschaft, von den unkräftigen Strafen ***) nicht geschreckt, hundertfältig sich vermehrend, an alle edlen Gefäße der Gesellschaft sich angesaugt hat,

---

*) Vgl. §. 14. u. fg. A. G. O. Th. I. Tit. 49. §. 71. Tit. 24.

**) Vgl. §. 95. A. G. O. Tit. 24. Anhang zur Gerichtsordnung §. 159.

***) Die Zahlung desjenigen Theils des Kapitals an den Fiskus, welcher durch den Wucher gewonnen werden sollte, ist die einzige Strafe der Wucherer.

Vgl. §. 1274. A. Landrecht Th. I. Tit. 20. und dessen Declaration in der Kabinetsordre v. 2. Juli 1804. Edictensammlung v. 1804. S. 2629. 2632.

und an ihrem Marke zehrt: — und wir haben die Grundelemente bezeichnet, die im Vereine mit der Krisis, in welcher die bürgerliche Gesellschaft sich befindet, und im Vereine mit dem gesunkenen sittlichen und rechtlichen Gefühl die unversiegliche Quelle bilden, in welcher jene übergroße Zahl unbegründeter und frivoler Civilprozesse ihren Ursprung haben, und, je länger diese Quelle bestehen wird, in immer reicheren Strömen aus ihr hervorbrechen werden.

Schuldner, deren Vermögensverhältnisse durch ihre, zur Bestreitung der, von der Meinung für ihren Stand geforderten, Bedürfnisse unzureichenden Mittel, oder durch gänzlichen Mangel an Erwerbsquellen, oder durch besondere Unglücksfälle zerrüttet sind, die, von ihren, durch keinen Ruf der Ehre, die Sinkenden zu retten, sich verpflichtet fühlenden Standesgenossen verlassen, durch den Verlust ihres Vermögens, durch den Verlust der nur diesem, dem allein noch als materiell Geltenden, gezollten Achtung und Ehre der Welt das eigene Gefühl der Ehre verlierend, wenn sie von ihren Gläubigern, die ihre Lage wohl gekannt, und, so lange es ging, wohl zu nutzen verstanden haben, vor die Schranken des Gerichtes gerufen werden, um mit dessen Hülfe ihr letztes Gut ihnen zu erpressen — den letzten, verzweifelten Kampf wagen, um durch Läugnen und Bestreiten auch an sich gültiger Forderungen, durch Simulationen und Interventionen, wenn nicht durch schlimmere Mittel, ihre persönliche Freiheit und den Rest ihrer Habe zu retten suchen; oder Einige aus jener zahlreichen Klasse, die, mit den Formen des Rechtes spielend, zu gemeinsamen Gewinne, auf welche Art es auch sey, unter einander verbunden, über die Theilung dieses Gewinnes in Streit gerathend, oder wenn ihre listigen Speculationen mislungen sind, ihre erlogenen Contracte vor Gericht bringen, und mit allen Mitteln der Lüge und der Chicane sich den Raub abzujagen, oder Einer auf Unkosten des Andern wegen des verlorenen Gewinnes sich zu entschädigen bemüht sind — dies sind, um nur die grellsten Bilder anzuführen, Erscheinungen, die, mannichfaltig modificirt, täglich wiederkehren, und einen nur zu

großen Theil der Zeit und der Kraft der Gerichtshöfe in Anspruch nehmen.

Was vermag gegen ein solches, aus einer solchen Quelle fließendes, Übel eine Änderung in den Formen des Prozesses, die, welche sie auch seyn mögen, wie klug sie auch ersonnen seyn mögen, immer Formen bleiben, und als solche an sich fähig sind, auch einen anderen Inhalt, als den sie enthalten sollen, in sich aufzunehmen, und daher, wenn einmal dieser Zwiespalt eingetreten ist, von dem durch Noth und durch die, alles Objective verachtende, Selbstsucht getriebenen Geiste mit leichter Mühe umgangen, und zu seinen Zwecken benutzt werden können! Und wie kann insbesondere die Untersuchungsmaxime als ein Mittel gegen dieses Übel betrachtet werden, da sie, es selbst in seiner ganzen Größe bestehen lassend, nur gegen seine unmittelbare, und zwar nur mögliche, nicht gewisse, Folge — die Verletzung des einzelnen positiven, dem Rechtsstreite zum Grunde liegenden, Rechtes — ankämpfend, auch diesen geringen Kampf nur unter den günstigen Auspicien des Zufalles bestehen kann, durch ihre Form und die dieselbe begründende Voraussetzung aber selbst das eigenthümliche Wesen der Sphäre des Civilprozesses an sich umstürzt, und um einzelnen Listigen und das Recht Verachtenden entgegenzuwirken, Alle als solche voraussetzt! *) Und wie können endlich Strafen des leichtsinnigen Prozessirens und Lügens vor Gericht als ein Mittel dagegen gelten, da auch sie nicht unmittelbar jenem Übel selbst entgegenwirken, sondern nur die, wenn auch selbst schuldigen, aber doch zum großen Theile nur durch die allgemeine Trübung der Gesittung und durch die Verwirrung allgemeiner Verhältnisse schuldig gewordenen, Einzelnen treffen, und daher, wenn sie hart sind, wie die Preußischen, von den Gerichten nur selten angewendet, und im Laufe der

---

*) Insofern sie eben als Mittel gegen jenes Übel an sich gerechtfertigt und als nothwendig dargestellt wird, wie von Puchta; freilich nicht in den andern Weisen der Begründung ihrer Nothwendigkeit, aber diese haben bereits in anderen Gründen ihre Widerlegung gefunden.

Zeit ganz in Vergessenheit gerathen werden *), wenn sie aber leicht sind, schon deshalb keine Wirkung haben können!

Wie wenn ein auf einem Berge plötzlich entsprungener Quell mit seinen reißenden Wassern das an dessen Fuße liegende Dorf zu überschwemmen und zu vernichten droht, und die Obrigkeit — anstatt sogleich beim ersten Ausbruche, wenn es auch nicht möglich ist, die Öffnung des Quells ganz und für immer zu verstopfen, doch wenigstens dem noch schwachen Strome ein den Ort nicht gefährdendes Bett zu bilden — jener drohenden Vernichtung nicht anders vorzubeugen weiß, als — daß sie selbst diese Vernichtung vornimmt, daß sie die Häuser abtragen und mit den Balken und Steinen auf den Feldern und

*) Einerseits ihre alles Verhältniß übersteigende und dem Principe des Preußischen Prozesses, das materielle Recht zu verwirklichen, so ganz widersprechende Härte — wer den Klagegrund oder einen Einwand vorsätzlich läugnet, wird seiner Einwendungen oder Repliken dagegen verlustig; wer auf ein unwahres Factum einen Anspruch oder Einwand wissentlich gebaut hat, verliert das Recht oder den Einwand selbst, ungeachtet er dieselben aus einem anderen Fundamente darthun könnte; und außerdem wird jeder temerarie litigans unfähig, in allen seinen Prozessen, nicht bloß in demjenigen, in welchem er des Längnens sich schuldig gemacht hat, einen nothwendigen Eid zu schwören; vgl. §. 52. A. G. O. Th. I. Tit. 23. — andrerseits, daß die Verhängung dieser rein criminellen Strafen (denn wer für unfähig erklärt ist, einen nothwendigen Eid zu schwören, erleidet dadurch eine Ehrenminderung, indem er zugleich das Recht verliert, Zeugniß abzulegen; vgl. §. 230. No. 16. A. G. O. Th. I. Tit. 10. §. 57. No. 12. Crim.-Ord.), im Widerspruche mit dessen Sphäre und Bestimmung, Recht zu sprechen, aber nicht zu strafen, dem Civilgerichte, und zwar ohne Untersuchung, ja ohne dem Verurtheilten ein förmliches Rechtsmittel zu gestatten (§. 54. A. G. O. Th. I. Tit. 33.) übertragen ist: diese Gründe im Vereine mit der oben angeführtrn Ursache haben die natürliche Folge gehabt, daß die poenae temerarie litigantium obsolet geworden, und bereits zu den Antiquitäten des Preußischen Prozesses gezählt werden müssen. — (In dem beim Königl. Kammergerichte zu Berlin geführten „schwarzen Register" (dem Verzeichnisse, in welchem nach der G. O. die Namen der zur Ableistung eines nothwendigen Eides für unfähig erklärten Parteien eingetragen werden sollen; §. 52. a. a. O.) ist die letzte Eintragung im Jahr 1812 erfolgt, die vorletzte im Jahr 1806; die Gesammtzahl der Eintragungen beträgt etwa zwölf.) —

und Gärten einen Wall errichten läßt, den die andringenden Fluthen doch sogleich fortreißen, oder die aufgestauten Wassermassen übersteigen und umgehen werden: — gleich zweckwidrig, gleich ihrem Zwecke entgegenwirkend sind alle jene Mittel; gleich erfolglos, und ein gleiches Schicksal, wie diese, aufgegeben und nicht befolgt zu werden, werden alle anderen Mittel haben, welche jenes Übel anderswo, als da, wo es allein bewältigt werden kann, zu bekämpfen suchen.

Nur in seiner Wurzel, in seinen Ursachen ist es anzugreifen; werden diese aufgehoben, so wird auch jenes Übel verschwinden. Diese zu heben, darauf hat, je größer, je gefährlicher das Übel wird, je länger es besteht, vor allen Anderem die Gesetzgebung ihre ganze Kraft, ihre ganze Thätigkeit zu richten, mit den Resultaten der Wissenschaft, mit den Erfahrungen der Geschichte und der Gesetzgebungen der alten und neuen Zeit sich auszurüsten, um die Civilgesetze von allen an sich nur positiven, oder durch die Änderung der Verhältnisse positiv gewordenen Bestimmungen immer mehr zu reinigen, in den allgemeinen Grundbestimmungen das, was an und für sich Recht ist, zum Gesetze zu erheben, und jene große Aufgabe — der Person ihr unveräußerliches Recht auf ihre Freiheit und den nothwendigsten Besitz wiederzugeben, ohne daß das Bestehen des Verkehrs gefährdet werde, zu lösen. — Eine Aufgabe, die Friedrich des Großen Scharfblick *) schon für die größte, aber auch schwerste

*) Er sagt in der öfters angeführten dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois (S. 134 a. a. O.): Ce juste milieu, qui, en maintenant la validité des contrats, n'opprime pas les débiteurs insolvables, me paraît la pierre philosophale de la jurisprudence.

In dem Ausrufe des Verfassers der Eingangs gedachten Schrift (Über einige Haupthindernisse, welche der Verfolgung des Rechtes vor den Gerichtshöfen nach der preußischen Prozeßordnung entgegenstehen): den Personalarrest ganz abschaffen heißt alle Rechtshülfe vernichten! (S. 35.) ist grade dasjenige postulirt, was zuvörderst hätte bewiesen werden müssen, ehe jener Ausruf erlaubt wäre, das nemlich: daß der Personalarrest eine wirkliche Rechtshülfe sey, d. h., daß derselbe nicht nur eine

der Jurisprudenz erkannt hat, die aber in der That nur dann zu lösen schwierig oder gar unmöglich erscheinen kann, wenn man sie in einer oder in einigen gesetzlichen Bestimmungen gelöst verlangen will, oder insbesondere, wenn man der Gesetzgebung auf die Gesittung und Gesinnung des Ganzen keinen Einfluß zugestehen, und eine solche Einwirkung der Gesetze für unmöglich halten will. Wäre dies wahr, dann wäre allerdings nicht nur die Lösung jener Aufgabe unmöglich; sondern alle anderen Anstrengungen, alle anderen Reformen der Gesetzgebung wären vergeblich und erfolglos, da das gesunkene sittliche und rechtliche Gefühl, wenn sie über dieses nichts vermöchte, immer mehr sinkend, ganz erlöschend, unaufhaltsam die Auflösung der bürgerlichen Gesellschaft und den Sturz des Ganzen herbeiführen würde. Dürfen wir dies nicht glauben, und zeugt vielmehr die Geschichte von dem Gegentheile; so dürfen wir auch die Hoffnung nicht aufgeben, jene Bestrebungen mit dem schönsten Erfolge gekrönt zu sehen, wenn nur die Gesetzgebung den Zustand der allgemeinen Gesinnung und Gesittung in den Kreis ihrer Thätigkeit und ernsten Bestrebung aufnehmen wird. Dies ist allerdings, welches Ziel, welchen Zweck man auch sonst glauben mag, daß unsere Gesetzgebung verfolgen müsse, die

---

Hülfe zum Rechte, sondern auch eine aus der Natur des Rechtes selbst folgende und in ihr begründete, eine rechtmäßige Hülfe sey. Und grade, weil er dies nicht ist, weil er alles Rechtsgrundes entbehrt und das Recht selbst in seinem innersten und heiligsten Grunde verletzt, haben sich in neuerer Zeit nicht nur Gelehrte in England, Frankreich und Deutschland — s. Mittermaier's Abhandlung über die persönliche Haft als Vollstreckungsmittel im Civilprozesse (im ersten und zweiten Heft des 14ten Bandes des Archives für civilistische Praxis) — auf das entschiedenste gegen den Personalarrest erklärt, sondern auch neuere deutsche Gesetzgebungen (s. Prozeßordnung für die Untergerichte des Königreichs Hannover Th. V. Tit. 2. §. 168. 169. Würtemberg. Vollstreckungsordnung §. 27.) denselben nur als Executionsmittel zu persönlichen Leistungen oder Unterlassungen gestattet, ohne daß deshalb die Rechtshülfe vernichtet wäre, und der revidirte baierische Entwurf einer Prozeßordnung von 1827 (Art. 570. u. 571.) denselben ganz, auch selbst in jenen Fällen, ausgeschlossen.

Grundbedingung alles Erfolges: das Übel, welches unsere ganze Zeit ergriffen hat, und das noch furchtbarere Krisen, als die der nächsten und ferneren Vergangenheit erzeugen wird, und vielleicht nur in einer solchen Krisis gehoben werden kann — die in sich leere, alles Objective zersplitternde Subjectivität, die den Staat, die Kunst, die Wissenschaft, die Religion ausgehöhlt, und zu todten, geistlosen Formen herabgesetzt hat, welche, nur ihren Zwecken dienend, von diesen allein Leben empfangen und die ihnen gemäße Gestalt annehmen — dieses Grundleiden der Zeit ist es, welches die Gesetzgebung zuerst und mit allen ihren Waffen, mit aller Energie bekämpfen, und, im Vereine mit der Staatsregierung und auf deren, unmittelbar für wahrhaft sittliche Erziehung und Menschenbildung wirkenden, Einfluß gestützt, im Vereine mit Allen, denen der Geist und die Kraft dazu gegeben ist, diesen Formalismus in der Gesinnung, diesen Formalismus im Glauben, den Formalismus des Denkens auszurotten, bestrebt seyn muß. Dürfen wir hoffen, diesen Kampf siegreich zu bestehen — und wir müßten sonst zugeben, daß der Abend unserer Zeit gekommen, und bereits das letzte Blatt unserer Geschichte aufgeschlagen sey — dürfen wir hoffen, die Leerheit der Welt zu überwinden, den Geist wieder zu entzünden, welcher jene großen, der Offenbarung des Ewigen bestimmten, Formen verlassen hat, objective Interessen, substantielle Gesinnungen zurückzuführen; so wird auch die letzte Klippe überwunden seyn, an welcher jene Erfolge scheitern könnten. Denn wenn erst der Genuß und der bewußtlose Taumel in einem zwecklosen, leeren Seyn nicht mehr für das höchste Gut des Lebens gelten wird, wenn die größere Zahl der Bürger in ihren natürlichen Kreisen alles das, was die Welt ihnen, und sie der Welt zu seyn haben, wieder erkennen werden; dann ist, mit der aufgehobenen Empfänglichkeit, jenem gährenden Zustande der Gesellschaft die größeste Kraft genommen; und mit dem wieder erwachten sittlichen Geiste der Individuen wird auch durch weise Hülfe der Gesetzgebung Licht und Klarheit und ein festes Maaß in ihre getrübten, gährenden und verwirrten Verhältnisse zurück-

kehren. Und wenn ja jene Gährung bereits zu dem Grade gestiegen seyn sollte, daß die Elemente der Gesellschaft, auseinandergerissen und ganz von einander geschieden, wenn sie in den Räumen und Verhältnissen, die sie jetzt einschließen, belassen bleiben, diese zersprengen und in einen sich selbst zerstörenden Kampf miteinander treten würden; warum sollte das Mittel uns dann nicht helfen können, durch welches insbesondere die Staaten der alten Welt ähnliche Zustände vielmehr zu ihrer eigenen Ausbreitung und zu neuen Stoffen ihrer Entwickelung und Ausbildung so glücklich zu benutzen gewußt haben? —

Vierter Abschnitt.

Betrachtung des Untersuchungsprincipes in seiner modificirten Gestalt als nobile officium judicis.

Erstes Kapitel.

Entwickelung des Begriffes des nobile officium.

Daß eine allgemeine und nothwendige Pflicht des Richters, durch eigene Thätigkeit und Bemühung die wahre Bewandniß der, den streitigen Rechtsverhältnissen zum Grunde liegenden, Thatsachen zu ermitteln, Alles, was auf jene Bezug habe, vollständig nach seinem wahrhaften Verhalten aufzuklären, und für sein Urtheil eine, mit der äußerlichen Wirklichkeit vollkommen identische, Basis zu gewinnen, nur in der Voraussetzung, daß das, durch den Richter vertretene, Allgemeine ein unmittelbares und eigenes Interesse an jenen streitigen Rechtsverhältnissen habe, begründet werden könne; daß aber ein solches Interesse in der That nicht vorhanden sey, weil eben die Rechtsverhältnisse nicht in ihrer unmittelbaren Bestimmtheit, sondern nur in ihrem Grunde, als Daseyn der Person, wahrhaft wirklich und Recht seyen, dieser Grund aber in den, die Sphäre des Civilprozesses bildenden, Rechtsstreiten, gar nicht berührt und noch weniger verletzt werde, indem nicht das an sich Allgemeine der Rechtsverhältnisse, sondern nur deren zufällige, und als solche nur im Interesse der Einzelnen seyende, Bestimmtheit bei einem Rechtsstreite in Frage gestellt und in Zweifel gezogen sey; daß also die Untersuchungsmaxime als allgemeine und nothwendige Pflicht des Richters, als Princip für die Bestimmung des Charakters, der Formen und der Momente der Procedur, so wie sie dem Systeme unserer Prozeßordnung zum Grunde gelegt ist,

weder in dem Begriffe des Rechtes, noch in der Natur und dem Zwecke des Civilprozesses begründet sey: — dies haben die bisherigen Betrachtungen dieser Grundverhältnisse bewiesen.

Und mit diesem Resultate würden wir den Zweck unserer Untersuchungen vollkommen erreicht haben, wenn die unserer Prozeßordnung eigenthümliche Form des Verfahrens, die mündlichen Verhandlungen des Richters mit den Parteien, nur in dem Untersuchungsprincipe begründet und gerechtfertigt werden könnte. Denn alsdann würde durch die Widerlegung der Untersuchungsmaxime als Principes unmittelbar auch der Beweis geführt seyn, daß dieselbe ebensowenig als Mittel zu besonderen Zwecken, um besonderer Verhältnisse und Rücksichten willen, gerechtfertigt werden könne.

Wie nemlich eine Handlung nur dann Pflicht ist, wenn es in den Kräften des Verpflichteten steht, dieselbe zu thun; so kann auch der Richter nur dazu verpflichtet werden, was er zu leisten im Stande ist; so daß dadurch, daß ihm die Mittel, welche ihn allein zu einem gewissen Verhalten oder zu einer gewissen Thätigkeit befähigen würden, von dem Gesetze versagt sind, unmittelbar dieses Verhalten und diese Thätigkeit als außer dem Kreise seiner Pflichten liegend bezeichnet worden ist. Eine Untersuchungspflicht des Richters ist aber nur dann denkbar und möglich, wenn der Richter in ein unmittelbares Verhältniß zu den Parteien gesetzt, und als das vermittelnde Organ bestimmt ist, durch dessen Thätigkeit der Rechtsstreit für das Urtheil vorbereitet werden solle; also nur in der, auf mündlichen Verhandlungen des Richters mit den Parteien beruhenden, Procedur. Es müßte daher, wenn jene Pflicht aus irgend einem besonderen Grunde als nothwendig erachtet würde, nothwendig auch diese Form des Verfahrens gewählt werden; allein dann wäre ja eben die Untersuchungsmaxime das Princip des Verfahrens, und daß sie dies nicht seyn könne, ist bewiesen worden: jedes andere Princip aber, von welchem man auch sonst ausgehen müßte — jene Voraussetzung, daß die mündliche Verhandlungsform nur in dem Untersuchungsprincipe gegründet werden könne,

zugegeben — würde eine andere, von dieser wesentlich unterschiedene, Form des Verfahrens zur Folge haben, und dadurch unmittelbar jede Untersuchungspflicht, wie man sie auch modificiren wollte, unmöglich gemacht und ausgeschlossen seyn.

Allein eben jene Voraussetzung, auf welcher dieser Schluß ruht, scheint bei einer näheren Betrachtung unhaltbar, und nicht nur die mündlich-protocollarische Verhandlungsform an sich, um anderer Gründe willen, sondern, um dieser Form willen, wiederum auch die Untersuchungspflicht nothwendig zu seyn; so daß beide in der That in einem unmittelbaren, aber derjenigen Weise, wie sie in dem Systeme unserer Prozeßordnung auf einander bezogen sind, grade entgegengesetzten Verhältnisse zu einander stehen, die Untersuchungsmaxime nemlich nicht der Grund jener Form des Verfahrens, sondern diese vielmehr der Grund der Untersuchungspflicht seyn würde.

„Denn wenn die Macht, welche das Recht zu schützen berufen ist, den Bürgern nicht unnahbar, wenn nicht eine undurchdringliche Schranke diese schützende Macht und den Schutzsuchenden Bürger trennen soll; so muß ja nothwendig dem Hülfesuchenden gestattet seyn, den Richter selbst anzugehen, und dem Richter zur Pflicht gemacht werden, die Bürger mit ihren Klagen selbst zu hören, und Alles, was sie zur Verfolgnng und Vertheidigung ihrer Rechte anzuführen haben, aus ihrem eigenen Munde zu vernehmen. Und wenn die Gesetzgebung diese Forderung für billig und gerecht erkennt, und, um die Parteien von dem unnatürlichen Zwange zu befreien, ihre Rechte nur mit Hülfe und durch Vermittelung von Advocaten vor Gericht verfolgen zu können, das protocollarische Verfahren zur regelmäßigen Form der Procedur erhebt; so würde sie doch ihren Zweck ganz verfehlen, wenn sie dabei stehen bliebe, und dem Richter nur zur Pflicht machte, die Parteien selbst zu hören und das, was sie ihm vorgetragen haben, so wie sie es vorbrachten, zu Protocoll zu nehmen. Wie würde ein Verfahren, wo der Richter die Klage eines, in der ruhigen Ausübung seines Rechtes auf fremden Grund und Boden gestörten, Bürgers — weil dieser,

unbekannt mit dem formellen Unterschiede zwischen possessorium und petitorium, nur sein Recht verlangt hatte — als eine petitorische aufnehmen müßte, obgleich dadurch dem Kläger der Besitz verloren gehen, und die entzogene Ausübung des Rechtes bis zum Ausgange des petitorischen Streites demselben einen unwiederbringlichen Schaden verursachen würde — wie würde ein solches Verfahren dem Vertrauen entsprechen, welches das Gesetz selbst, eben dadurch, daß es die Schranken zwischen den Parteien und dem Richter gebrochen hat, und durch die Verheißung, daß dieser selbst unmittelbar für den Schutz ihrer Rechte sorgen werde, den Bürgern zu ihrem Richter hatte einflößen wollen?

„Weil eben das Recht formell ist, und diese formalistischen Unterschiede des Rechtes dem einfachen Bürger unbekannt sind, darum muß das Gesetz, wenn es einmal für nothwendig erkannt hat, den Parteien den unmittelbaren Zutritt zum Richter zu gewähren, auch nothwendig den Richter verpflichten: darüber zu wachen, daß der Rechtsunkundigen Partei, die nur unbestimmt, omni meliori modo, Rechtshülfe zu verlangen im Stande ist, und zu diesem Zwecke dem Richter das Sachverhältniß im Allgemeinen eröffnet, wegen Abgang an Förmlichkeiten ihres Vortrages in ihrem Rechte nicht beschädigt werde, daß ihr der Mangel der Fähigkeit, sich juristisch wohl auszudrücken, das Factum und ihre Rechtsbehelfe deutlich und bestimmt anzugeben, jede Thatsache in ihrer juristischen Gestalt vorzutragen, und daraus die diensamsten Schlüsse zu ziehen, nicht zum Nachtheil gereiche. Aus diesen Gründen muß die Gesetzgebung es für eine heilige Pflicht des Richters erklären: den durch die Erzählungen der Partei ihm an die Hand gegebenen Faden des Rechtsverhältnisses zu verfolgen, durch zweckmäßige Fragen über ihren unklaren Vortrag sowohl Licht zu verbreiten, als auch die auf das behauptete oder bestrittene Recht irgend Bezug habenden Thatsachen, welche die Partei nur angedeutet, oder in der Meinung, daß sie von keinem Einflusse seyen, anzuführen ganz unterlassen hatte, vollständig zu ermitteln; und, deren Absicht

und dem Vertrauen zu seinem Amte entsprechend, die von der Rechtsunkundigen Partei vorgebrachten Behelfe, so daß sie derselben den größten Vortheil gewähren, in das Protocoll zu legen, und daraus die der Partei günstigsten Conclusionen zu ziehen".

Um dieser, der Darstellung v. Gönner's in seinem Commentar *) entnommenen, Motive willen hat die baierische Novelle vom 22. July 1819 für die Gerichte erster Instanz das protocollarische Verfahren zur Regel gemacht (§. 1.) und den Richter verpflichtet (§. 3.):

Wenn Personen, die der Rechte nicht kundig sind, ohne Rechtsbeistand die Sache verhandeln, das Factum des Streites, und das was jeder Theil verlangt, vollständig aufzunehmen, den Streitpunkt richtig zu stellen und dasjenige gebührend aufzuklären, was zur Entscheidung des Streites beitrage **).

Und in demselbigen Sinne, jedoch mehr zu dem preußischen Untersuchungsprincipe hinüberneigend, verordnet das Würtembergische Organisationsedict über die Rechtspflege in den unteren Instanzen vom 31. December 1818 in Beziehung auf das, in der Regel ebenfalls protocollarische, Verfahren bei den Ober-Amtsgerichten: ***)

Der Richter solle, sobald er von den Parteien zur Thätigkeit aufgefordert sey, nicht nur von Amtswegen beide Theile über die factischen Umstände befragen, sondern auch für den unzweifelhaften Zweck jeder Partei von Amtswegen thätig seyn, ohne besonderes Begehren die Mittel, deren Anwendung die

---

*) Vgl. v. Gönner's Commentar zu dem Königl. baierischen Gesetz vom 22. July 1819, S. 65 — 73.

**) Eine Bestimmung, die in Ansehung der summarischen Sachen auch in dem revidirten baierischen Entwurf der Prozeßordnung von 1827 (§. 378.) aufgenommen ist.

***) Der ersten Instanz für alle nicht summarischen Rechtssachen und für alle nicht eximirte Personen (§. 51. §. 54. des Edictes).

Partei selbst im Wege der Verhandlung vom Richter zu begehren berechtigt gewesen wäre, benutzen, und in dem Erkenntnisse selbst Einreden, die sich aus den actenmäßigen Thatsachen ergeben, von Amtswegen ergänzen dürfen *).

Wenn auch auf einem anderen Grunde ruhend und mit veränderter Tendenz und in beschränkterm Umfange ist die richterliche Untersuchungspflicht doch auch in diesen Gesetzen und nach jener Ansicht v. Gönner's, wie in dem preußischen Systeme, das agens der ganzen Procedur und der instruirende Richter das Organ, welches die Stoffe für das Urtheil des erkennenden Gerichtes sammelt, bereitet und gestaltet; nur daß — eben weil diese richterliche Thätigkeit nicht als Princip, nicht als eine an und für sich nothwendige, aus der unmittelbaren Bestimmung des Richters folgende Pflicht, nicht als ein Recht des Richters, sondern nur als ein Mittel zu dem Zwecke, den Rechtsunkundigen ohne Gefährdung ihrer Rechte den unmittelbaren Zutritt zum Richter zu gewähren; also nur als eine, um besonderer Verhältnisse willen, nothwendige, Pflicht des Richters bestimmt ist — das Moment der Formation des

---

*) Auch die Prozeßordnung für die Untergerichte des Königreichs Hannover von 1827 beruht auf den oben angegebenen Principien. Das mündliche Verfahren (zum Protocoll) bildet die Regel; der Richter muß sich eine zweckmäßige Direction des Prozesses angelegen seyn lassen, was zur Gültigkeit des Verfahrens gehört, ohne Erinnern der Partei selbst beobachten, durch zweckmäßige Fragen eine klare Ansicht der den Parteien zum Grunde liegenden factischen Verhältnisse sich verschaffen, und dadurch den jedesmaligen Streitpunkt in Gewißheit setzen, die aus dem factischen Vorbringen klar hervorgehenden Einreden, falls sie auch nicht ausdrücklich benannt seyn sollten, vorzüglich in dem Falle berücksichtigen, wo die Parteien ohne Beistand eines Sachführers gehandelt haben; der Richter ist ferner selbst, wenn Ausnahmsweise schriftlich verhandelt worden ist, berechtigt, die Parteien zu einem Termine persönlich vorzuladen, und zur Aufklärung erheblicher Thatsachen Fragen an sie zu stellen; und er soll endlich den Parteien alles zuerkennen, was ihnen nach dem Resultate der Verhandlungen zukommt, wenn sie auch nur im Allgemeinen darum gebeten hätten, insofern sie nur nicht ausdrücklich darauf verzichtet haben. (Th. I. Tit. 6. §. 21. 23. Th. II. Tit. 13. §. 57.)

Stoffes in dieser Procedur besonders hervorgehoben, und das andere, in unserem Systeme grade vorherrschende, Moment der Untersuchungspflicht, die Aufsuchung und Erforschung des Stoffes, jenem untergeordnet, und von ihm abhängig gemacht ist — ein Unterschied, dessen Motive diese eingeschränkte Untersuchungspflicht als das nobile officium judicis bezeichnen, und dem eigentlichen Untersuchungsprincipe entgegensetzen lassen.

Und sollte nicht diese modificirte Gestalt der Untersuchungsmaxime, dieses dem Rechtsunkundigen durch das Labyrinth der Rechtsformen zum Schutze und zur Anerkennung seines Rechtes den Weg bahnende nobile officium judicis zwischen dem, eine Betheiligung und Verletzung des Rechtes an sich in den bürgerlichen Rechtsstreiten irrig voraussetzenden, Untersuchungsprincipe des preußischen Prozesses und dem eben so unwahren Extreme des Verhandlungsprincipes, nach welchem die Richter, wie v. Feuerbach es treffend bezeichnet, hölzernen Gliedermännern gleich, sich nur dann regen und bewegen, wenn und solange die Fäden, an welchen sie gereiht sind, von den Parteien gezogen werden — die richtige Mitte, und in diesem Principe jene Extreme auf eine, allen Erfordernissen entsprechende, Weise ausgeglichen seyn? Sollte daher nicht die ganze äußere Form des preußischen Verfahrens beibehalten, und durch eine, der eben dargestellten Ansicht gemäße, Modification seines Principes, durch Gestattung eines schriftlichen Verfahrens auf Verlangen der durch Advocaten vertretenen Parteien — eine Änderung, die bereits öfterer in Vorschlag gebracht worden — nicht dem wirklichen Mangel des Systemes unserer Prozeßordnung vollkommen begegnet werden können? Diese Fragen wollen wir in den folgenden Betrachtungen beantworten. —

Zweites Kapitel.

Kritik des nobile officium im Allgemeinen und in besonderer Beziehung auf Einzeln-Richter.

Wenn auch v. Gönner durch die eben angeführten Gründe auf das scharfsinnigste und evidenteste, die Form der mündlichen Verhandlungen zum Protocoll vorausgesetzt, die Nothwendigkeit der richterlichen Untersuchungspflicht bewiesen hat, wenn auch gegen die Motive, welche den Vorzug jener Procedur vor anderen Formen des Verfahrens begründen sollen, an sich gar nichts einzuwenden wäre: wenn also auch die Untersuchungsmaxime in dem Maaße und in der Form, wie jene zugegebenen Prämissen dieselbe zur Folge haben, als das nobile officium judicis — völlig begründet und an sich nothwendig erscheint; so ist dadurch diese Form des Verfahrens doch nicht vollkommen gerechtfertiget. Denn die Untersuchungsmaxime ist in jener Ansicht nicht als allgemeines und nothwendiges Princip aufgestellt — in welchem Falle allerdings der Beweis ihres Grundes zu ihrer Rechtfertigung genügen würde; sondern sie gilt nur als, wenn auch nothwendiges, Mittel zu dem Zwecke, die Form der mündlichen Verhandlungen des Richters mit den Parteien ohne Gefahr für die Rechtsunkundigen einführen zu können. Diese Form ist aber nur in dem Motive gegründet, die unangemessene Trennung des Richters von den Parteien aufzuheben; also nur in einem secundären Zwecke. Daraus folgt, daß sie nicht absolut nothwendig ist, daß der höchste Zweck der Rechtspflege, die gerechte Entscheidung der Rechtsstreite, auch durch andere Formen des Verfahrens erreicht werden könne *). Indem die-

*) Diese Ansicht ist daher wesentlich von derjenigen verschieden, welche der Abfassung des corp. jur. Fridericianum zum Grunde lag: Dort erschien die Institution der Advocaten selbst als ein Hinderniß für die Zwecke der Gerechtigkeitspflege, und man wollte sie ganz entbehrlich machen; jene Ansicht erkennt aber nur in der unerläßlichen Nothwendigkeit

selbe also in Beziehung auf diesen höchsten Zweck nicht nothwendig, nicht die einzig mögliche Form ist; so ist eben dadurch es nur als möglich gesetzt, daß dieser Zweck in ihr erreicht werde, und eben daher, daß er wirklich in ihr erreicht werde, erst zu beweisen. Damit diese Form des Verfahrens und die, aus derselben als das nobile officium judicis hervorgehende, Untersuchungsmaxime an sich gerechtfertigt seyen und vor anderen Formen den Vorzug behaupten könnten, müßte also auch, außer dem Beweise, daß sie dem besonderen Zwecke, welchem sie gewidmet sind, allein genügen, auch noch besonders erwiesen werden, daß sie jenem Hauptzwecke aller Rechtspflege entsprechen.

Aber grade in dieser Beziehung, in Hinsicht ihrer Zweckmäßigkeit, ist die Untersuchungsmaxime und das protocollarische Verfahren von jeher angegriffen, und insbesondere von v. Reibnitz *) und Mittermaier **) nachgewiesen worden, daß durch die Stellung des Richters in dieser Procedurform und durch das unmittelbare Verhältniß, in welches die Parteien zu dem Richter gesetzt worden, die Grundbedingungen gefährdet seyen, welche allein die Erreichung jenes ersten Zweckes der Rechtspflege sichern könnten; — so daß die Zweckwidrigkeit derselben als eine, keines Beweises mehr bedürfende, Thatsache

---

der Zuziehung von Advocaten einen Übelstand, nur diesen will sie beseitigen, und erlaubt deshalb auch den Parteien, sich von Advocaten vertreten zu lassen, und, wenn sie es verlangen, selbst einen Schriftwechsel unter ihren Anwälten.

Vgl. v. Gönner's Commentar S. 69.; §. 1. des baierischen Gesetzes vom 22. July 1819.; §. 76. des würtembergischen Organisationsedictes. (Dieses gestattet jedoch keinen förmlichen Schriftwechsel.) Hannöversche Prozeßordnung Th. I. Tit. 6. §. 21.

*) a. a. O. S. 111. u. fg.

**) a. a. O. Beitr. I. §. VIII. S. 70. u. fg.

Vgl. auch den Aufsatz im niederrheinischen Archiv. Bd. II. Heft IV.: Versuch einer Vergleichung der preußischen, östreichisch-niederländischen und französischen Prozeßordnungen.

Bühl über die Instruction des Civilprozesses auf mündliches Vorbringen der Parteien, mit besonderer Hinsicht auf die preuß. Prozeßordnung. Hamm 1831.

angenommen werden könnte, wenn nicht jene Beweise neuerdings wieder angefochten, und das Gegentheil, die Zweckmäßigkeit der Untersuchungsmaxime, vielseitig und namentlich von Puchta *) behauptet, und zu beweisen versucht worden wäre. — Alle diese Gründe und Gegengründe anzuführen, dieselben gegeneinander abzuwägen, und zu zeigen: wie in den meisten Fällen nicht die Gründe gegen die Untersuchungsmaxime selbst, sondern nur die Art, wie sie geltend gemacht wurden, widerlegt worden ist; wie man nicht selten, das Wesen und den Begriff der entgegengesetzten Principien bei Seite setzend, nur deren Extreme zum Gegenstand des Streites gemacht hat, wie, wenn man auf der einen Seite das seltene Vorhandenseyn der Fähigkeiten bezweifelte, welche nach der Untersuchungsmaxime der Richter haben müsse, von der anderen Seite wieder die Fähigkeit, Redlichkeit und Gewissenhaftigkeit der Advocaten in Zweifel gezogen wurde, wie, wenn einerseits die zu wenig beschränkte Activität des Richters gerügt wurde, andrerseits dessen schrankenlose Passivität getadelt worden ist; wie man in dem Streite zuweilen sogar die Waffen getauscht hat, und dieselben Gründe zur Vertheidigung und Bekämpfung ein und desselben Principes haben dienen müssen, wie die Kostspieligkeit, Weitläufigkeit und Langwierigkeit des Verfahrens, diese bekannten Gründe gegen den gemeinen Prozeß, auch als Gründe wider die Protocollmethode behauptet worden sind: — dies wäre in der That ein ebenso ermüdendes als erfolgloses Beginnen; da, wenn man einmal diese Frage nur von der einen oder von der anderen Seite betrachtet, es niemals schwer seyn wird, immer wieder neue Gründe und neue Motive aus anderen Gesichtspunkten und Beziehungen sowohl für als wider diese Form des Verfahrens aufzufinden.

---

*) a. a. O. S. 63. u. fg.
Vgl. von Gönner's Commentar. S. 65. u. fg.
Zum Bach a. a. O. §. 4.
v. Puttlitz Vertheidigung der preußischen Gerichtsordnung bes. S. 37. u. fg.

Wenn die Untersuchungsmaxime wirklich zweckwidrig ist, wenn sie für die Erreichung der höchsten Zwecke der Rechtspflege hinderlich ist; so muß dies unmittelbar aus den Voraussetzungen, in welchen sie selbst gegründet ist, hervorgehen, als eine unmittelbare und nothwendige Consequenz eben der Gründe sich zeigen, aus welchen die Nothwendigkeit dieses nobile officium demonstrirt worden ist. — Ob dies der Fall sey oder nicht? Diese Frage wird eine nähere Betrachtung und Entwickelung jener Gründe und Voraussetzungen des nobile officium in Beziehung und im Verhältnisse zu den allgemeinen Zwecken der Rechtspflege beantworten lassen. —

Unparteilichkeit und Kunde der Gesetze, deren Auslegung und Anwendung, diese Eigenschaften müssen nothwendig in der Person des Richters vorausgesetzt werden, damit der höchste Zweck der Rechtspflege, die gerechte Entscheidung der Rechtsstreite, die Verwirklichung des Rechtes, erreicht werden könne. So sehr es also schon im Allgemeinen Pflicht der Gesetzgebung ist, welche Form sie auch gewählt haben mag, daß alle ihre Bestimmungen darauf berechnet seyen, die Unparteilichkeit des Richters nicht zu gefährden; so tritt diese Pflicht doch noch in einem weit höheren Grade bei jener, auf dem nobile officium beruhenden, Form des Verfahrens ein: denn nicht nur daß der Richter überall in seinen Handlungen unbefangen, interesselos und unparteiisch sey, sondern auch also den Parteien *erscheine*; dies machen die Voraussetzungen jener Procedur absolut nothwendig. Da nemlich durch dieselbe dem schlichten Bürger und Landmann die theure, ihrem Stande und Berufe so wenig zusagende, Assistenz der Rechtsanwälte entbehrlich *)', und daß er unmittelbar bei dem Richter nach kunstlosem Vorbringen seiner Rechtsangelegenheiten Hülfe finden könne **) — möglich gemacht werden soll; da zu diesem Zwecke die der unberathenen Partei captiösen Rechtsformen durch das nobile officium des

*) Vgl. *Puchta* a. a. O. S. 69.

**) Vgl. v. *Gönner's* Commentar. S. XII.

Richters paralysirt werden müssen; da von den Parteien nichts gefordert wird, als die reine Erzählung der Thatsachen, und dieselben versichert werden, daß der Richter diese in die juristische Form bringen, und was demnach Rechtens sey, für sie geltend machen werde; so ist also der Schutz und die Verfolgung des Rechtes der Gesetzesunkundigen Partei in dieser Procedur ganz in die Hand des Richters gegeben. Ob der Richter die richtige Klage gewählt, ob er ihrem ganzen Vortrage die entsprechende juristische Gestalt gegeben, ob er die richtigen Anträge gebildet, ob er den geeignetsten Einwand gewählt habe — alles dies weiß sie nicht, und vertraut nur seinem Amte, daß er es gethan haben werde. Indem also diese Form des Verfahrens durchaus auf dem persönlichen Vertrauen zu dem Richter beruht, und indem die Partei eben wegen ihrer Gesetzesunkunde den Richter in seinem Verfahren zu controliren, und davon, ob er die nöthige Kenntniß der Gesetze und die Gewandtheit, sie anzuwenden, besitze, sich zu überzeugen außer Stande ist, kann dieses Vertrauen nur in dem äußerlichen Benehmen des Richters einen Anhalt finden, nur in der, aus der Beobachtung dieses seines Benehmens gewonnenen, Überzeugung, daß er durchaus unparteiisch handle, dieses Vertrauen genährt und bestärkt werden, und nur diese Überzeugung der Partei die Gewißheit geben, daß ihr Gerechtigkeit widerfahren sey *). Soll daher diese Procedur den

*) Die Behauptung Zum Bach's (a. a. O. S. 86.), daß es gleichgültig sey, und nichts gegen den Werth einer Prozeßform beweise, was die Partei für eine Vorstellung von dem Amte des Richters und seinen persönlichen Handlungen sich bilden könne — diese Behauptung ließe sich nur in der abstracten Ansicht rechtfertigen: daß der Richter nur, um des Rechtes willen, Recht zu sprechen, nur das abstracte Recht an sich zu verwirklichen habe, und, daß dadurch die Rechte der betheiligten Privaten geschützt werden, nur als etwas Accidentelles in Betracht komme. Aber das (bestimmte) Recht ist wesentlich Recht dieser Einzelnen, und nur als dieses wirklich Recht, das Urtheil des Richters wesentlich für die Parteien, und daher nicht nur, daß es an sich gerecht sey, sondern auch, daß es für die Parteien gerecht sey, daß sie sich von seiner Gerechtigkeit überzeugt halten können, ein wesentliches Erforderniß; aus diesen Gründen ist die

den beabsichtigten Erfolg haben, soll Vertrauen in den Bürgern zu ihren Richtern erwachen, soll dieses unmittelbare, natürliche, Zutrauen und eine gewisse Pietät, voraussetzende Verhältniß *) unter ihnen wiederhergestellt werden; so muß also dem Richter nicht nur zur Pflicht gemacht werden, über sein Verhalten mit der größesten Sorgfalt zu wachen, daß es auch nicht den leisesten Zweifel an seiner Unparteilichkeit Raum gebe; sondern ihm auch die Erfüllung dieser Pflicht möglich gemacht seyn. Aber dasselbe nobile officium, welches diese Pflicht hervorruft, bringt ihn in Verhältnisse, welche unmittelbar die Erfüllung derselben ausschließen. Denn der Richter soll die Parteien selbst vernehmen; er tritt also in unmittelbare, persönliche und fortdauernde Berührung mit ihnen. Wie ist es aber möglich, daß in diesem Verhältnisse, da er Mensch, da er Bürger ist, da er in dieser intermediären Function nur als Individuum erscheint, und nicht der vollen richterlichen Dignität genießt, die Persönlichkeit der Parteien, die geselligen Beziehungen, in welchen er zu ihnen steht, ihr Stand und Rang auf sein Benehmen keinen Einfluß haben sollen? Und ist es nicht eben so natürlich, daß die Rechtsunkundige Partei, eben weil sie selbst für die Unparteilichkeit des Richters kein anderes Kriterium hat, als die abstracte Gleichheit in dessen Benehmen, aus der unvermeidlichen Ungleichheit desselben Argwohn schöpft, mißtrauisch und zurückhaltend wird?

Und wenn nun der Richter, in Ausübung seines nobile officium, den Vortrag des Beklagten „auf die ihm vortheilhafteste Weise zu Protocoll genommen, und die ihm günstigsten Conclusionen daraus gezogen hat", und dem Kläger, der vertrauungsvoll seine Hülfe gegen den leichtsinnigen, seine Verbindlichkeit gar nicht läugnenden, sondern nur immer von Neuem

---

Meinung der Parteien von dem Richter und ihr Glaube an seine Gerechtigkeit für den Erfolg einer jeden Prozeßform von dem größesten Einflusse, und keine Procedur durch ihre sonstige Vortrefflichkeit berechtigt, sich über diese Meinung hinwegzusetzen.

*) Vgl. v. Gönner a. a. O. S. LXI.

um Nachsicht und Fristgestattung bittenden Schuldner angerufen hatte, aus diesem Protocolle vorliest: daß der Beklagte, weil er zur Zeit, als ihm das Darlehn gegeben worden, sich noch in väterlicher Gewalt befunden habe, zur Zurückzahlung desselben sich nicht schuldig halte, und auf Abweisung des Klägers antrage *) — wird dann nicht der, durch das freundlichere und gefälligere Benehmen des Richters gegen den Beklagten erweckte Argwohn des Klägers zur Gewißheit werden, und er sich überzeugt halten, daß der Richter, indem er den Beklagten auf die, demselben zu Statten kommenden, Rechtsbehelfe aufmerksam gemacht, nicht eine gesetzliche Pflicht ausgeübt, sondern widergesetzlich den Beklagten begünstigt habe? Und können wir es dem Rechtsunkundigen verargen, wenn derselbe, der omni meliori modo Rechtshülfe verlangt hatte, in dem Urtheile zurückgewiesen wird, weil der Antrag, welcher von ihm gar nicht ausgegangen, welchen der Richter für ihn gestellt hatte, für unzulässig erachtet worden — daß er das Gericht des Mißwollens, der Parteilichkeit und Ungerechtigkeit beschuldigt?

---

*) Wenn man gegen dieses Beispiel einwenden wollte: daß der Richter ja den Parteien keine Einreden suppeditiren solle; so kann man diesem Einwurfe Zum Bach's (a. a. O. S. 85.) mit den Worten seines Streitgenossen, Puchta's (a. a. O. S. 66.) entgegnen: „daß der Richter gar nicht nöthig habe, der Rechtsunkundigen Partei Rechtsbehelfe an die Hand zu geben, wenn er nur dieselbe, wie es seine Pflicht erfordere, recht ausreden lasse. Denn bei der, diesen Menschen eigenen, Gabe der Weitschweifigkeit und bei den, zur Ordnung und Ergänzung ihres verworrenen und regellosen Vortrages nothwendig werdenden, Fragen werde dieselbe unvermerkt dahin kommen, wenn auch nicht förmlich und ausdrücklich, doch den wesentlichen Forderungen nach Rechtseinwendungen vorzubringen, indem sie Thatsachen, welche diese Einwendungen begründen, angebe, und, nach der ihr unverfänglich gemachten Belehrung, von ihrem Rechte Gebrauch mache." — „So ergänze, fährt Puchta a. a. O. fort, der Richter nur die Einsicht der Partei, auf ihren Willen aber habe er keinen Einfluß". Insofern jedoch der Wille durch die Einsicht bedingt ist, bestimmt der Richter, durch seinen Einfluß auf deren Einsicht allerdings auch den Willen der Partei. —

In der That mehr als der schlichte Verstand des, seines Handwerkes wohl kundigen, in allen über diese seine Sphäre hinausliegenden Verhältnissen aber durchaus unerfahrenen Bürgers, mindestens einige Kenntniß des Rechtes und der Formen der Procedur gehört dazu, um ein solches Verfahren natürlich und begreiflich zu finden, und dasselbe auf eine andere Weise sich enträthseln zu können, als durch Voraussetzung einer von dem Richter begangenen Ungerechtigkeit.

Aber indem es grade die Rechtsunkundigen sind, für welche diese Form des Verfahrens berechnet seyn, und denen durch dieselbe „auf eine ihren Verhältnissen besser, als die Assistenz der Advocaten zusagende Weise zu ihrem Rechte verholfen werden soll", indem aber diese Form und die Mittel, welcher sie sich bedienen muß, sich nichts weniger, als denselben zusagend gezeigt haben; so ist also dem Zwecke durch die Mittel widersprochen, und, insofern dieselbe nur auf jenem Zwecke ruht, diese Form selbst in ihrem Grunde widerlegt. — Ganz offenbar wird aber dieser Widerspruch, wenn wir das nobile officium selbst und dessen Voraussetzungen in ihrem gegenseitigen Verhalten näher bestimmen und entwickeln.

Der Richter soll, wenn er die Parteien gehört hat, ihre Vorträge zu Protocoll nehmen, das, was sie verworren und regellos vorbrachten, klar und geordnet darstellen, die Thatsachen in die bestimmte juristische Form bringen, und die ihnen günstigsten Conclusionen daraus ziehen *). Wenn dies Pflicht des Richters ist, wenn diese suppletorische Hülfe des Richters nothwendig ist, damit der klagenden Partei zu ihrem Rechte verholfen, oder die ohne Grund in Anspruch genommene Partei in ihrem Rechte geschützt werde; was folgt daraus; oder vielmehr, was setzt dies nothwendig voraus? Nicht nur, daß das Recht an sich wesentlich formell sey, sondern auch, daß der Richter an diese formelle Natur des

*) S. v. Gönner's Commentar S. 66. fg.; oder, wie Puchta (a. a. O. S. 65. Anm.) sagt: Sache des Instrienten ist es, für die Herstellung eines klaren Factums und für die Stellung eines schlüssigen Antrages zu sorgen.

Rechtes strenge, und zwar nicht nur so gebunden sey, daß er über das, was nach demselben Rechtens ist, nicht hinausgehen, und nur Organ des Gesetzes, nicht Quelle des Rechtes seyn dürfe, sondern auch dergestalt, daß, wie für das Recht Nichts ist, als was in seinen bestimmten Formen erscheint, auch für den Richter Nichts sey, und er nichts Anderes, als was in den bestimmten Formen des Rechtes behauptet, und Alles nur in der Form, in welcher es geltend gemacht worden, beachten dürfe. Denn wäre dies letztere nicht der Fall; so wäre jenes officium des Richters ganz überflüssig und unnütz. Ohne die geringsten Rechtskenntnisse zu besitzen und ohne im mindesten befürchten zu dürfen, dadurch Gefahr zu laufen, könnten alsdann die Bürger ohne alle Vermittelung, ohne allen Beistand zum Schutz ihrer Rechte gelangen.

Wenn ein Gebäude, über welches ein Kaufgeschäft abgeschlossen war, und dessen Übergabe mancherlei Anstände und Verwickelungen verzögert hatten, durch eine Feuersbrunst verzehrt worden; so hätten die Contrahenten, wenn sie uneinig und zweifelhaft über die Folgen dieses Ereignisses auf ihr gegenseitiges Verhältniß wären, weiter nichts nöthig, als dem Gerichte, gleichviel ob mündlich oder schriftlich, das Rechtsverhältniß von Anfang bis zu Ende vorzutragen, wie und unter welchen Modalitäten sie den Kauf abgeschlossen, wann die Übergabe habe erfolgen sollen, welche Umstände dazwischen getreten, welche Verhältnisse dies bewirkt hätten, wer das Gebäude, als die Feuersbrunst ausbrach, bewohnt, welche Ursachen, wahrscheinlich oder gewiß, deren Entstehung veranlaßt habe — klar und bestimmt zu erzählen, und ihren Vortrag mit der Frage zu beschließen: quid juris; wer trägt den Schaden? So wäre es allerdings, wenn, wie Puchta behauptet *), in der Formel: narra tu mihi factum, ego tibi narrabo jus, das eigentliche Verhältniß des Richters zu den Parteien richtig bezeichnet und erschöpft wäre. Und ein anderes Verhältniß wäre gar nicht zu denken möglich,

*) a. a. O. S. 25.

ein bestimmtes Verlangen der Partei von dem Richter ganz unzulässig, wenn das Recht an sich etwas Wirkliches und Selbstständiges und die Individuen nur an sich unberechtigte Werkzeuge wären, deren es sich bediente, um sich zur Existenz zu bringen, und die diese Existenz, so wie sie sich unmittelbar gestaltet hat, blind und willenlos anerkennen müßten; wäre diese abstracte Ansicht von dem Rechte, welche die Personen zu accidentellen und verschwindenden, wesenlosen Figuren herabsetzt, wahr, alsdann hätten allerdings die Individuen nur die Pflicht, dem Richter das Sachverhältniß vorzutragen, und dürften sich nur mit der Frage an ihn wenden: sage uns, was Recht sey, damit wir es befolgen? alsdann wäre allerdings die richterliche Thätigkeit nur die reine Subsumtion des einzelnen Falles unter das Gesetz, der Zusammenschluß des an sich seyenden Rechtes mit der Existenz. Allein daß diese Ansicht eben nur eine Ansicht ist, und daß vielmehr die Persönlichkeit der innerste absolute Grund des Rechtes ist, dies ist oben *), als jene Ansicht als Grundlage des eigentlichen Untersuchungsprincipes betrachtet wurde, bewiesen worden. —

Aber wenn der Grund des Rechtes der an und für sich freie Wille, die Persönlichkeit der Individuen ist; so folgt unmittelbar: daß **) das, was an sich ihr Recht ist, nur dadurch wirklich Recht wird, daß die Person es zu ihrem Rechte haben will; daß also der Richter nur dann erst Recht sprechen könne, wenn die Betheiligten ihm nicht nur das Factum erzählt, sondern auch sich bestimmt darüber erklärt haben, was ein Jeder von ihnen als sein Recht behaupte, und anerkannt wissen wolle, und daß er, nicht was überhaupt unter diesen Umständen Rechtens sey, sondern, ob das, was die Betheiligten daraus als ihr Recht in Anspruch genommen haben, wirklich Rechtens

---

*) Abschn. III. Kap. 2. 3.

**) In der Sphäre, die hier allein in Betracht kommt, in dem Privatrechte.

sey, zu entscheiden den Beruf habe *). Ebenso aber, wie das Recht an sich nur Recht wird, wenn die Partei es als ihr Recht haben will, ebenso ist aber auch das, was dieselbe als ihr Recht anspricht, nur Recht, insofern es an sich Recht ist, insofern es in dem Gesetze gegründet ist; das Gesetz ist also der Obersatz, unter welches die Partei das Factum subsumirt, und aus diesen Prämissen auf das in Anspruch genommene Recht schließt. Da nun also der Richter nur über den Antrag der Partei zu erkennen hat; so ist daher der richterliche actus nicht sowohl selbst ein Schluß, eine Subsumtion des einzelnen Falles unter das allgemeine Gesetz, als vielmehr das Urtheil über die Schlüsse der Parteien, das Urtheil, ob dieselben das Factum richtig oder falsch subsumirt haben **). — Indem aber ferner das Recht wesentlich formell, eine ganze Sphäre mannichfaltig verschlungener, wesentlich unterschiedener und doch wieder auf einander bezogener Formen ist; so ist die Subsumtion des einzelnen Falles nicht nur eine Subsumtion unter das Recht an sich, als Allgemeines, sondern unmittelbar und nothwendig eine Subsumtion unter eine besondere und bestimmte Form des Rechtes. Der Antrag der Partei muß daher in bestimmter Beziehung zu einer dieser besonderen Formen stehen, und das behauptete Recht als Schlußfolge aus derselben dargestellt werden; so daß der Spruch des Richters also nur das Urtheil ist: ob dieses Recht aus der prämittirten Rechtsform

*) Erzähle mir das Factum, und sage, was du als das dir nach demselben zustehende Recht in Anspruch nimmst, und ich werde dir sagen, ob dir dieses Recht nach den Gesetzen wirklich gebühre: so würde jene Formel die Forderung vollkommen ausdrücken, welche der Richter an die Parteien machen muß.

**) Allerdings subsumirt der Richter auch den Fall unter das Gesetz, aber dieser Schluß ist nur präparatorisch und das Motiv des Urtheils; und eben daher erscheint er als die Gründe des Urtheils; wäre diese Subsumtion der eigentliche richterliche actus; so müßte der Schlußsatz derselben immer der tenor sententiae seyn; aber er ist es nur dann, wenn er mit dem Antrage des Klägers oder des Beklagten übereinstimmt; er ist es also nicht als solcher, sondern nur als Urtheil über diese Anträge.

folge, ob die Partei richtig concludirt habe. Nur die Conclusionen der Parteien sind daher der Gegenstand des richterlichen Urtheils, die Prämissen derselben, der Rechtsgrund und der Thatgrund (sofern dieser unstreitig ist) aber die nothwendigen und von dem Richter nicht zu ändernden Voraussetzungen sowohl, als auch die Gränzen seines Urtheils; so daß allerdings, wie wir oben behaupteten, der Richter Nichts, als was in den bestimmten Formen des Rechtes, vorgebracht, und Alles nur in der Form, in welcher es geltend gemacht worden, beachten darf. Insofern nun also die Partei nothwendig etwas Bestimmtes fordern muß, der Richter nur über einen bestimmten Antrag erkennen kann, insofern dieser Antrag und das geforderte Recht in bestimmter Schlußbeziehung zu einer bestimmten, zu Grunde zu legenden, Rechtsform stehen muß; so ist also die Kenntniß des Rechtes und seiner Formen nothwendig, um diesen Antrag bilden, und was unter dem vorausgesetzten Sachverhältnisse Rechtens sey, und aus welcher Rechtsform dieses Recht herzuleiten sey, einsehen zu können. Ist daher die Partei mit den formellen Unterschieden des Rechtes unbekannt, ist es ihr nicht bekannt, ob sie nur den Schutz ihres Besitzes nachzusuchen habe, oder ob sie aus ihrem Rechte klagen müsse, ob sie vindiciren, oder nur condiciren dürfe, ob das streitige Verhältniß Mandat oder negotiorum gestio, ob precarium oder commodatum sey, oder welche Unterschiede dabei sonst in Frage kommen mögen; so bedarf diese Partei also nothwendig des Beistandes eines Rechtskundigen, der die ihr zu ihrem Willen fehlende, und dazu, um überhaupt wollen zu können, nothwendige Einsicht *ergänzt*, der sie *belehrt*, was sie unter den obwaltenden Umständen, und in welcher Form als ihr Recht in Anspruch nehmen könne, der *für* sie das Factum subsumirt, der *für sie* concludirt.

Wenn nun eine solche Rechtsunkundige Partei den Richter mit ihrem unförmlichen Gesuche um Rechtshülfe unmittelbar angeht, und wenn die Gestattung dieses unmittelbaren Zutrittes, aus was für Gründen es auch sey, nicht nur für zulässig, sondern selbst für nothwendig erklärt worden ist; so bleibt dem

Richter freilich nichts übrig, und es muß ihm selbst zur Pflicht gemacht werden, der unerfahrenen Partei mit seiner Rechtskunde zu Hülfe zu kommen, ihre Vorträge in die syllogistische Form zu bringen, für sie zu concludiren, und für die Schlüssigkeit ihres Antrages Sorge zu tragen *).

Aber indem er in seiner eigentlichen Function, als Richter, nicht darauf, was aus dem vorliegenden Sachverhältnisse überhaupt Rechtens ist, zu erkennen, und die daraus entspringenden Rechtsverhältnisse festzusetzen hat, sondern nur darüber, ob das, was die Partei aus demselben als ihr Recht in Anspruch genommen hat, wirklich daraus folge, und nach dem Gesetze Recht sey, urtheilen soll, und nur eben deshalb es nothwendig ist, daß er das unbestimmte und unförmliche Gesuch in ein bestimmtes, auf einer bestimmten Rechtsform gegründetes zuvörderst verwandle; so ist er dadurch unmittelbar in den Fall gesetzt, nicht darüber, was die Partei verlangte, denn diese wollte nur omni meliori modo Rechtshülfe, sondern über die von ihm selbst ausgegangenen Conclusionen und Anträge zu erkennen, darüber, ob er das Factum richtig subsumirt, ob er richtig concludirt habe, zu urtheilen, unmittelbar also zum Richter über sich selbst gesetzt. —

So zeigt sich dieses nobile officium unmittelbar, so wie es seine Vertheidiger selbst bestimmen, „als die Pflicht, zum Zwecke der Gerechtigkeit den beschränkten Einsichten der Parteien in rechtlicher Ausmittelung der Sache von Amtswegen zu Hülfe zu kommen" **) — als eine von dem Richteramte nicht

---

*) Vgl. Puchta a. a. O. S. 65. 66.

**) S. Puchta a. a. O. S. 64.

Daß der Richter nicht Rathgeber der Partei seyn dürfe, nicht die Function eines Advocaten übernehmen könne, giebt Puchta selbst zu, und er bestreitet nur mit den übrigen Vertheidigern des nobile officium, daß der Richter, weil er nach demselben nur verpflichtet sey, die Parteien mit den einschlagenden gesetzlichen Vorschriften bekannt zu machen, dieselben von dem ihnen zustehenden Rechte zu belehren, und nur ihre Einsicht, nicht ihren Willen zu ergänzen (S. 66. 67.) — dadurch der Rathgeber der Par-

nur an sich verschiedene, sondern ihm ganz entgegengesetzte und demselben durchaus widersprechende Function; so hat sich dieses nobile officium an sich selbst und durch seine eigenen Voraussetzungen aufgehoben: zum Zwecke des Urtheiles, um urtheilen zu können, soll der Richter für die Rechtsunkundige Partei concludiren, das von ihr vorgetragene Factum unter das Gesetz subsumiren und dieser Subsumtion gemäß den Antrag stellen; also grade dasjenige selbst thun, worüber er allein urtheilen soll und kann; er soll also, um urtheilen zu können, etwas thun, was ihn außer Stande setzt, urtheilen zu können.

Man müßte denn glauben und behaupten: der Richter könne und werde, sobald er zur Urtheilsfällung schreite, „mutatis partibus" das Gesetz und nichts als das Gesetz vor Augen haben, und ganz vergessen, daß der Antrag, welchen er nun nach näherer Prüfung als unbegründet und unzulässig erkennen und verwerfen muß, von ihm selber ausgegangen, daß er durch diese Verwerfung des von ihm selbst gebildeten Antrages sich selbst des Irrthums und einer schlechten Wahrnehmung seines nobile officium schuldig bekenne. Man müßte behaupten: der Richter könne und werde, wenn der für den Beklagten aufgetretene, der dialectischen Bewegung der Rechtsformen völlig kundige, Advocat alle Schritte, die er für den unberathenen Kläger thut, dessen

---

teien werde. Allein aus welchem anderen Grunde wendet sich denn eine Partei an einen Advocaten, als um von ihm über ihre Rechte sich belehren zu lassen; aus welchem anderen Grunde bedient sie sich denn seiner Hülfe, als, damit sie nicht durch ihre Unkunde der Rechtsformen gefährdet werde? Und ist nicht diese Ergänzung der Rechtsunkunde der Partei die eigentliche und wahre Bestimmung des, von dem Geschäftsführer der Partei (dem Procurator) an sich wesentlich unterschiedenen, Advocaten? Wenn man also nicht behaupten kann und will, daß die Chicane und die Kunst, eine schlechte Sache als eine gute erscheinen zu machen, der gesetzliche und natürliche Beruf der Advocaten sey; so muß man auch zugeben, daß die in dem nobile officium dem Richter auferlegten Pflichten, ganz dieselbigen sind, welche die Functionen der Advocaten bilden; also auch zugeben, daß das nobile officium mit dem Richteramte unvereinbar sey.

Interesse sich in diesem Falle ganz zu widmen, ihm sein nobile officium zur Pflicht macht *), Alles, was er diesen im Protocolle sagen läßt, mit den Gesetzen in scheinbaren oder wirklichen Widerspruch zu bringen weiß, und, ohne an den thatsächlichen Grund der Klage zu rühren, nur die Subsumtion dieser Thatsachen, nur die daraus gezogenen Conclusionen angreift, und als irrig, auf einem falschen Verständnisse der Gesetze und einer ganz verkehrten Auslegung derselben beruhend, darzustellen bemüht ist — in diesem seine ganze Aufmerksamkeit, seine ganze Wissenschaft in Anspruch nehmenden Kampfe interesselos, unparteiisch und leidenschaftslos bleiben, nach geschlossener Instruction die Gründe und Gegengründe mit fester Hand und scharfem, ungetrübtem Blicke gegeneinander abwägen, und wenn nur im Mindesten die Gründe für seine Ansicht von den Gründen seines Gegners überwogen werden, keinen Anstand nehmen, diesem den Sieg zuzuerkennen, und, daß er es mit ihm an Gewandtheit, Geist und umfassender Kenntniß der Gesetze nicht aufnehmen könne, ohne Zaudern gestehen. — Oder man müßte behaupten, daß eine solche Collision und ein solcher Conflict dieser an sich verschiedenen Pflichten des Richters, Organ der Partei vor dem Gesetze und Organ des Gesetzes zu seyn, niemals entstehen könne, wenn nur der Richter, wie ihm das Gesetz ausdrücklich zur Pflicht mache, bei der Instruction „durch wiederholtes Studium die Theorie des vorliegenden Rechtsgeschäftes sich vergegenwärtigend, sicher in der Anwendung der Gesetze, mit dem größten Bedachte, Aufmerksamkeit und Beurtheilungskraft und nach einem festen, wohl überlegten Plane zu Werke gehe"; aber auf diesem Plane, wenn sich die Sache anders entwickle, nicht eigensinnig bestehe, kein Pedant sey, wie Puchta sagt, und denselben wie einen Leisten behandle **); sondern seiner ersten Pflicht, daß „Niemandem durch seinen Leichtsinn, Übereilung oder Fahrlässigkeit Unrecht geschehe", stets eingedenk, sorgfältig, „vor aller Leiden-

*) Vgl. §. 30, A. G. O. Th. III. Tit. 3.

**) Vgl. Puchta a. a. O. S. 73.

schaft, übertriebener Ängstlichkeit, vorgefaßter Meinung sich hüte, und duech nichts sich afficiren lasse, was der kaltblütigen Unparteilichkeit in allen seinen Handlungen nachtheilig seyn könne" *) — daß also, müßte man behaupten, überall, wo ein solcher Conflict eintrete, nicht das Gesetz, sondern der Richter, welcher seine Pflichten nicht erfüllt habe, die Schuld trage.

Und in der That, wenn eine Prozeßordnung, wie v. Haller in seiner Restauration der Staatswissenschaft **) behauptet, nichts anderes wäre, als ein „Complexus von Vorschriften, von dem Fürsten seinen Beamten zur treuen und regelmäßigen Erfüllung ihrer Pflichten gegeben", nichts anderes, als eine „Dienstinstruction"; wenn es wahr wäre, wie v. Haller ebenfalls behauptet ***), daß unsere ganze Gesetzgebung nur in

---

*) Vgl. §. 3. 4. 34. 36. 38. A. G. O. Th. III. Tit. 3.

**) Bd. II. S. 184. 189.

***) a. a. O. Bd. I. S. 185.

Hr. v. Haller beruft sich wegen dieser Behauptung auf „die Ausdrücke der Kabinetsordre" vom 14. April 1780. Ich muß indeß gestehen, keine „Ausdrücke" darin finden zu können, die diese Behauptung rechtfertigten; man müßte denn der Meinung seyn, daß in der folgenden Stelle dieser Kabinetsordre:

> Was endlich die Gesetze selbst betrifft, so finde Ich es sehr unschicklich, daß solche größtentheils in einer Sprache geschrieben sind, welche diejenigen nicht verstehen, denen sie doch zur Richtschnur dienen sollen (vgl. corp. jur. Frid. S. X.) —

Friedrich der Große unter denjenigen, welche der lateinischen Sprache unkundig seyen, die Richter verstanden habe. — Allein diese Interpretation wird schon durch die nächstfolgende Stelle der Kabinetsordre:

> Ihr müßt also vorzüglich dahin sehen, daß alle Gesetze für Unsere Staaten und Unterthanen in ihrer eigenen Sprache abgefaßt werden —

offenbar widerlegt. —

Indeß kann allerdings nicht geläugnet werden, daß die Prozeßordnung, sowohl ihrer äußeren als inneren Form nach, durchaus als eine Instruction und Anweisung für die Richter erscheint, deren Nichtbefolgung zwar diese verantwortlich machen kann, aber an und für sich eine Ungültigkeit des Verfahrens selbst nicht zur Folge hat — demjenigen ganz entsprechend, was v. Haller von einer solchen Instruction fordert: daß sie nemlich den treuen Pflichteifer und die beste Einsicht nicht in unnöthige Fesseln schlage, und so das Gute selbst hindere. — (So reich nemlich unsere Prozeßord-

der Absicht unternommen worden sey, „den bestellten Unterrichtern eine Instruction für die Civil- und Criminalsachen zu geben", wenn also die Prozeßgesetzgebung weiter nichts zu thun hätte, als: alles dasjenige, was der Richter thun müsse, damit der Zweck, welchen sie zu erreichen sich vorgesetzt hat, wirklich erreicht werde, klar und unzweideutig zu bestimmen, und den Richter für die Erfüllung dieser Pflichten verantwortlich zu machen; ob er aber dieselben zu erfüllen im Stande sey, seinem Gewissen zu überlassen das Recht hätte — wäre dies der richtige Gesichtspunkt für die Beurtheilung unserer Prozeßordnung: dann wäre allerdings in ihr das Problem der Vereinigung jener heterogenen Pflichten in der Person des Richters vollkommen gelöst, und in dem Falle, wo ein Richter an der Lösung dieses Problemes scheiterte, nicht das Gesetz, das ihm ja hiezu die deutlichste und vollständigste Anleitung gegeben, und, was er zu diesem Zwecke thun, was er unterlassen müsse, wie er sich zu verhalten, wie er sich zu benehmen habe, bis ins einzelnste und äußerste Detail auf das sorgsamste ihm vorgeschrieben hat *), dafür verantwortlich; sondern allein der Richter, der, ungeachtet er alle gesetzlichen Erfordernisse zu demselben gekannt hatte, sich einem Amte unterzogen hat, dem er nicht gewachsen war; alsdann könnte man die gegen das nobile officium vor-

---

nung an Vorschriften und Bestimmungen über die Form des Verfahrens ist; so ist doch keine einzige dieser Formen bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben, (vgl. §. 1. §. 2. A. G. O. Th. I. Tit. 16.). Ministerialrescripte (vom 27. Juli 1801 und vom 14. Juli 1804) haben zwar eine Nichtigkeitsklage wegen Nichtbeachtung der Formen des Verfahrens für zulässig erklärt, und Grävell hat dies in seinem Commentare zur Gerichts-Ordnung (s. die Erläuterung des §. 34. der Einleitung, Band I. S. 111 fg.), in Bezug auf die Bestimmung des §. 34. der Einleitung zu rechtfertigen gesucht; allein man hat dabei den Geist und die Tendenz unserer Prozeßordnung außer Betracht gelassen, welchen die Umstoßung eines rechtskräftigen Erkenntnisses, nur wegen eines Fehlers in der Form, ohne daß in materieller Beziehung an dem Verfahren oder an dem Erkenntnisse etwas auszusetzen wäre, ganz entgegen ist.

*) Vgl. den 3ten Titel des 3ten Thls. der G. O.

gebrachten Gründe auf das leichteste und bequemste widerlegen, indem man dieselben nur, wie es von Zum Bach geschehen ist *), als „auf Voraussetzungen pflicht- oder vorschriftswidriger Handlungen der Instruenten beruhend", darzustellen hätte.

Indessen selbst auf diesem, durch seine Consequenzen den Rechtsschutz und die Rechtspflege zu etwas Beliebigem und Willkürlichem herabsetzenden, Gesichtspunkte, würde doch, da v. Haller menschlich genug ist, den Fürsten nur solche Anforderungen an ihre Diener zu gestatten, die das Maaß der Menschlichkeit nicht überschreiten **), ehe jenes Problem als vollkommen gelöst betrachtet werden könnte, erst das noch bewiesen werden müsse, daß in den Pflichten, welche der Gesetzgeber zu diesem Zwecke dem Richter auferlegen muß, nicht jenes Maaß überschritten sey. Und wenn man auch Puchta ***) zugeben muß, daß man bei der Kritik einer Prozeßordnung in Beziehung auf die in ihr dem Richter angewiesene Stellung nicht von dem Principe der menschlichen Schwachheit ausgehen dürfe, und daß der Gesetzgeber Vieles von dem Richter fordern könne, weil eben, je weniger man von dem Menschen fordere, um so weniger geleistet werde; so giebt es doch Eine, nicht zu beseitigende Schranke für diese Forderungen; die nemlich, daß sie sich nicht widersprechen †).

---

*) S. Vollständige Gegeneinanderstellung ꝛc. S. 88.

**) a. a. O. Bd. II. S. 185.

***) a. a. O. S. 76. fg. 84.

†) Daß aber von dem Richter etwas Widersprechendes gefordert werde, wenn er zugleich Organ der Partei vor dem Gesetze und Organ des Gesetzes seyn soll, daß diese Pflichten an sich widersprechend sind, dies, was die vorangegangenen Betrachtungen bewiesen haben, geht auch schon aus dem offenbaren Widerspruche hervor, in welchem die preuß. Gerichtsordnung in der consequenten Entwickelung jener Pflichten und dessen, was der Richter, um sie zu erfüllen, thun müsse, ganz unvermeidlich gerathen ist: nemlich erklären zu müssen, daß selbst der redliche und unbescholtene Richter, auch ohne sich eines strafbaren Betragens schuldig zu machen, doch die Erfüllung der ihm aufgetragenen Zwecke, und zwar selbst aus

Und grade dies, diese Schranke inne zu halten in demjenigen, was dem Richter zu thun auferlegt wird, das Maaß zu finden, durch welches die, durch die Rechtsverfolgung natürlich entstehenden und gegebenen, Verhältnisse ins Gleichgewicht gesetzt, den möglichen Störungen in ihrer Beziehung vorgebeugt und begegnet wird: dies ist die Bestimmung der Prozeßordnung, und allein darum, weil nur dann, wenn diese Verhältnisse von einem festen, objectiven Maaße gehalten sind, die reale Möglichkeit gegeben ist, daß sie zum Ziele, zum Schutz und zur Anerkennung des Rechtes führen, eine Prozeßordnung nothwendig. Als die Ordnung des Mittels, durch welches das Recht zur Wirklichkeit und zum Gelten in der Wirklichkeit gelangen soll, hat sie eben dies Mittel von der Zufälligkeit seiner Zweckmäßigkeit zu befreien, und dasselbe als reales und wirkliches zu setzen, nicht was geschehen solle, zu bestimmen, und daß dies geschehe, der besonderen Individualität der Personen und Umstände anheimzugeben, sondern das, was geschehen könne, aus der Natur der gegebenen Verhältnisse und ihren Beziehungen, aus der Natur der sie bildenden Elemente, aus der divergirenden oder convergirenden Richtung der Kräfte dieser Elemente, zu erkennen, und wie dieses geschehen könne, dieser Erkenntniß gemäß, festzusetzen und zu ordnen. Und insofern diese Verhältnisse nicht zufällige, sondern wesentlich allgemeine sind, insofern sie in der allgemeinen Natur und dem Begriffe des Rechtes, in der allgemeinen

---

bloßem Mangel gehöriger Wachsamkeit über sich vereiteln könne, indem er aus übertriebener Ängstlichkeit und vorgefaßter Meinung die Instruction nicht gehörig angreife, oder sie nicht richtig und passend genug eingeleitet habe; andrerseits aber ein solches, ausdrücklich für an sich straflos erkanntes, Benehmen — in welches selbst der gewissenhafteste und des Rechtes vollkommen kundige Richter unwissentlich verfallen könne — eben weil dadurch die Erreichung ihrer Zwecke unmöglich gemacht würde — doch für strafbar erklären und dasselbe im Wiederholungsfalle mit der Dienstentsetzung bedrohen zu müssen (vgl. §. 38. 39. Th. 3. Tit. 3.) Eine Strafbestimmung, die in sich selbst, in ihrer eigenen Voraussetzung, die Unmöglichkeit ihrer Vollziehung tragend, freilich wohl niemals in der Praxis zur Anwendung gebracht ist.

Natur des Menschen sich gründen, ist eben diese Ordnung nicht nur eine äußerliche Anordnung und Regel, sondern die innere, in sich nothwendige, aus der Nothwendigkeit ihrer allgemeinen Natur hervorgehende, Ordnung dieser Verhältnisse; und, eben weil sie auf einem nothwendigen, unantastbaren und unveränderlichen, auf einem festen und stetigen Grunde ruht, nicht eine, in besonderen Meinungen und Ansichten, in besonderen Umständen und fluctuirenden Verhältnissen gegründete, und, je nachdem diese oder die Meinung der Gebietenden sich ändern, beliebig zu ändernde Instruction der Regierung für ihre richterlichen Beamten *), sondern das Gesetz dieser, das an sich seyende Recht mit der Wirklichkeit vermittelnden, Verhältnisse, das an sich nothwendige Gesetz dieser Vermitteluug. Dieses in ihnen selber ruhende Gesetz ihrer selbst und ihrer Beziehungen in den vorausgesetzten und nothwendig vorauszusetzenden Verhältnissen zu erkennen, und zur Form des Gesetzes zu erheben, dies ist die Aufgabe der Prozeßgesetzgebung, und es selbst das Kriterium und das unwandelbare Maaß, an welchem, was diese geleistet, und ob es ihm entspreche, zu beurtheilen ist. —

Nicht also einen äußerlich aufgenommenen Zweck darf die Prozeßgesetzgebung ihren Bestimmungen zum Grunde legen, nicht, weil sie von diesem, in anderen Beziehungen, Rücksichten und Gründen, gerechtfertigten, und vielleicht selbst als nothwendig erscheinenden, Zwecke gefordert wird, eine bestimmte Stellung des Richters und einen bestimmten Umfang seiner Thätigkeit als

*) Auch Schlosser, in seinen Briefen über die Gesetzgebung, betrachtet offenbar die Prozeßordnung als eine zu der Klasse der Regierungsgesetze — die auf keiner festen, unveränderlichen Basis ruhend, in der That keine Gesetze seyen, sondern nur mit dem Laufe der Zeit und der fluctuirenden Umstände sich ändernde Verordnungen (s. S. 114. fg.) — gehörende Dienstinstruction. Denn er hält nur vier Gesetzbücher für nothwendig: ein Staatsgesetzbuch, ein bürgerliches Gesetzbuch, ein Regierungs-Gesetzbuch und ein Strafgesetzbuch (S. 253); und nach den von diesen Gesetzbüchern gegebenen Grundzügen würde die Prozeßordnung nur in dem Regierungsgesetzbuche eine Stelle finden können. Vgl. S. 119. 325. 246. fg. und den ganzen zweiten Brief.

nothwendig und unabänderlich voraussetzen, und sich damit begnügen, zu beurtheilen: welche Eigenschaften dazu erforderlich seyen, damit jener Zweck von dem Richter erfüllt werde, und diesem den Besitz derselben unter Androhung von Strafen zur Pflicht zu machen, sondern ihres Amtes ist es vielmehr, zu prüfen: ob dem Richter unter den gegebenen Verhältnissen, wie sie sich auf ihn beziehen, wie sie nothwendig auf ihn einwirken müssen, der Besitz und die Bewahrung jener Eigenschaften möglich sey, und nur den Zweck anzuerkennen, nur von demjenigen auszugehen, der sich durch eine solche Prüfung als realer bewährt hat, dessen Mittel sich als reale und den gegebenen Verhältnissen entsprechende erwiesen haben, der sich auf diese Weise, als in dem Gesetze dieser Verhältnisse unmittelbar enthalten, als der wirkliche, und eben daher als der wahrhaft nothwendige Zweck ergeben hat. —

Da nun das Recht, wenn es auch wegen seiner formellen Natur in Formen zu fassen ist, doch niemals so in Worte und Buchstaben gebannt werden kann, daß, um zu wissen, was Rechtens sey, es weiter nichts bedürfte, als des Aufschlagens des Gesetzbuches; da vielmehr die Erkenntniß des Rechtes, weil es eben auch geistiger Natur ist, immer und allein ein Act der freien, geistigen Intelligenz ist; da ferner das Erkenntnißvermögen nicht eine von den übrigen mechanisch gesonderte und isolirt bestehende Kraft ist, sondern als Moment des Geistes von den anderen Momenten, von dem Gefühle und dem Willen, und von der, alle diese Momente als aufgehobene in sich schließenden, Subjectivität wesentlich und unmittelbar durchdrungen ist, und dasselbe daher nur insofern rein und ungetrübt wirken kann, als es nicht von diesen anderen Kräften irritirt wird: so ist es also nur dann gewiß, daß das Urtheil des Richters wirklich ein reines Produkt seiner Intelligenz sey, daß er das Recht erkannt habe, wenn eben seine Urtheilskraft frei aus sich selbst hatte wirken können, wenn sie nicht von den anderen Kräften auf irgend eine Weise afficirt, bestimmt, gebunden oder befangen war.

Insofern aber die Erkenntniß des Rechtes der höchste und eigentliche Beruf des Richters ist, jede andere Thätigkeit aber dieser Pflicht untergeordnet ist, und nur, insofern sie Mittel zu diesem Zwecke ist, gelten kann, für die Erkenntniß des Rechtes aber eine solche Stellung des Richters, die ihm das ruhende Verhalten der anderen Geisteskräfte sichernd, eine freie, ungebundene Thätigkeit seines erkennenden Geistes gestattet, die einzig sichere Garantie und die nothwendige Grundbedingung ist; so ist eben diese Garantie dasjenige, was die Gesetzgebung vor Allem und unbedingt gewähren muß, und daher Nichts Pflicht des Richters, als was diese Garantie nicht gefährdet, Alles aber, was die Freiheit seiner Intelligenz zu stören im Stande wäre, aus dem Kreise seiner Pflichten unmittelbar und nothwendig ausgeschlossen.

Und wenn aus diesem Grunde mit vollem Rechte dem Richter über sein und der Seinigen Besitzthum nicht zu richten verstattet wird, wenn also schon dieses Verhältniß, welches nur einem beschränkten und niederen Geiste die Freiheit seines Urtheils entziehen kann, genügt, um die Gewißheit eines gerechten Urtheils an sich aufzuheben; so darf der Richter noch viel weniger in solche Verhältnisse versetzt werden, die selbst einen gebildeten Geist verwirren, in Conflict und Collision bringen, und seine Erkenntniß binden und hemmen können, nicht in diejenigen Verhältnisse, welche wir als eine nothwendige Folge des nobile officium entstehen sahen, nicht, wie es in Folge desselben unvermeidlich ist, in den Fall versetzt werden, über sich selbst, über seine Rechtskunde, Gewandtheit und Scharfsinn, über Eigenschaften also, die, seine Stellung in der bürgerlichen Gesellschaft und seine Standesehre bedingend, in dem unmittelbarsten Bezuge auf seine ganze Persönlichkeit stehen, mit seinem ganzen Seyn verwebt sind, das Urtheil zu sprechen. — Aus diesem Grunde ist daher eine Verbindung der in dem nobile officium begriffenen Functionen mit dem Richteramte unvereinbar und unnatürlich; und eben darum, weil sie demselben durchaus widersprechend und entgegengesetzt sind, hat sich, sobald dieselben Bedürf-

niß geworden waren, sobald durch die Entwicklung des Rechtes zu einer bestimmten, und eben deshalb gegen andere sowohl, als in sich selbst unterschiedenen, Sphäre eine Vermittlung zwischen den Parteien und dem richtenden Richter nothwendig ward, für diese Vermittlung ein besonderer Stand gebildet, dem, so lange diese Vermittlung, die ihn ins Leben gerufen hat, selbst aufzuheben, und ihre Nothwendigkeit zu läugnen unmöglich ist, auf keine Weise und in keinem Falle sein wohlerworbenes und in der Natur der Verhältnisse gegründetes Recht auf diese vermittelnde Function entzogen werden kann *). —

---

*) Dies konnte denn auch dem Scharfblicke v. Gönner's nicht verborgen bleiben. Wenn gleich Vertheidiger des nobile officium, erkennt er in demselben doch nur ein, durch den jetzigen Rechtszustand nothwendig gemachtes, Surrogat, einen, von Anständen und Verwickelungen keinesweges freien Nothbehelf, und tritt deshalb mit der Forderung an die Gesetzgebung auf: „das Recht von jenen Formen und Subtilitäten zu entkleiden, die dem unstudirten Bürger unbekannt, oft unbegreiflich seyen, und eine natürliche Simplicität der Gesetze, sowohl in der Materie als in der Form, wiederherzustellen; damit der Bürger, der bisher oft, gleich einem Blinden, eines Führers bedurfte, um den Weg zum Tempel der Gerechtigkeit zu finden, sehend denselben allein betreten könne". (S. dessen Commentar rc. Einleitung S. L. bis LXI.) Diese Forderung eines formlosen Rechtes verkennt aber durchaus die wesentliche Natur des Rechtes. Denn das Privatrecht ist wesentlich nur Form; es ist nur das formirende Element eines ihm äußerlichen und endlichen Stoffes; nur in dieser Formbeziehung hat es Theil an der ewigen Wahrheit und Vernunft, und die Gesetze sind nur insofern „geschriebene Vernunft", als sie eben das, was an sich Recht ist, den allgemeinen Begriff des Rechtes, dem Gesetze der Vernunft gemäß, besondern und bestimmen; Besonderungen, die, weil das Recht nicht freie, sich aus sich selbst zu einem Inhalte gestaltende Form ist, sondern nur Form an einem äußerlich vorgefundenen und gegebenen, endlichen und unwahren, Inhalte ist, nothwendig in ihrer einzelnen Bestimmtheit positiv werden müssen. Wenn also diese nothwendigen, aus seiner Natur nothwendig hervorgehenden Formunterschiede des Rechtes als leere Subtilitäten betrachtet werden, die man verbannen müsse; so wird durch diese Verbannung unmittelbar auch der eigenthümliche Geist des Rechtes verbannt, und seinen Bestimmungen die innere Nothwendigkeit, um welcher sie allein als an und für sich Geltende und Berechtigte erscheinen können, entzogen; die leges civiles sind dann weiter nichts, als, wie

Drittes Kapitel.

Kritik des nobile officium in besonderer Beziehung auf Collegialgerichte.

Daß das nobile officium ganz verworfen, die in ihm begriffenen Pflichten ganz aus dem Kreise der richterlichen Thätigkeit ausgeschieden werden müssen, dies, was wir als Resultat der bisherigen Untersuchungen auszusprechen uns berechtigt hiel-

---

Hobbes (elementa philosophica de cive cap. VI. No. 8. 9. 13.) dieselben definirt: die mandata des Gewalthabers de civium futuris actionibus, so wie die judicia das arbitrium desselben über den Gebrauch des Schwertes der Gerechtigkeit; Bestimmungen, die keinen anderen Grund, als den Willen des Gebietenden, und keinen anderen Zweck, als die äußerliche Ruhe und Ordnung aufrecht zu erhalten, haben, und von denen daher allerdings weiter nichts, als Klarheit und Simplicität gefordert werden kann. — In dieser Beziehung ist es denn, daß Schlosser (in seinen Briefen über die Gesetzgebung S. 12) unserer Gesetzgebung, um ihres Strebens nach Simplicität und Formlosigkeit willen, eine despotische Tendenz zum Vorwurf machen, und v. Haller (Restauration der Staatswissenschaft Bd I. S. 184) — und, insofern man nicht auf den Zweck, sondern nur auf die zu demselben gewählten Mittel achten, und einen Irrthum bei dieser Wahl nicht entschuldigen will, nicht so ohne allen Grund, daß man es eine wissentlich falsche Beschuldigung nennen dürfte — es sich herausnehmen könnte, Friedrich II. für einen Despoten zu erklären. — Andrerseits beweist aber grade unsere Gesetzgebung, wie vergeblich das Bemühen sey, ein einfaches, gemein verständliches, formloses Recht wiederherzustellen: Wie die beabsichtigte Simplicität in dem Civilgesetze nur zu einer übermäßigen Extension und Breite der Bestimmungen geführt hat; so hat sich die Prozeßordnung, der postulirten Formlosigkeit ungeachtet, doch zu einem Gewebe von Formen gestaltet, innerhalb welcher das Recht sich nothwendig bewegen muß, um zur Anerkennung zu gelangen, und alle Anstrengungen der Redactoren haben nichts vermocht, als die Knoten dieses Gewebes leichter zu schürzen, und die Fäden desselben so dünn zu ziehen, daß das Auge, wenn nicht getäuscht, doch wenigstens oft in Zweifel versetzt wird, ob es wirklich Formen seyen, oder nur ein unwesentlicher Schein. — Die Themis gehört eben zu dem Kreise der alten Naturgötter: als die Erdegeborene Tochter des Himmels ist sie zwar, mit dem Zeus vermählt, auf dieses Reich des Geistes bezogen, ist geistig und für den Geist; aber ihrer Natur und Gestalt nach gehört sie der mütterlichen Erde an; und, gleich

ten, scheint bei einer näheren Betrachtung doch noch einem erheblichen Bedenken zu unterliegen. Denn, könnte man uns einwenden, sey es auch richtig, daß ein unmittelbares Verhältniß und eine unmittelbare Verbindung des nobile officium mit dem eigentlichen Richteramte einen, von der Gesetzgebung auf keine Weise vorzubeugenden, Conflict dieser Pflichten unter einander leicht erzeugen, und die reine Ausübung der richterlichen Pflicht gefährden könne, seyen diese Pflichten auch an sich verschieden; so folge doch hieraus nur, daß diese Functionen getrennt werden müßten, daß sie nicht von ein und derselben Person vollzogen werden können, sondern verschiedene Personen mit diesen verschiedenen Functionen zu beauftragen seyen; daß dies aber nicht richterliche Personen seyn dürften, dies folge keinesweges. Man könnte mit Zum Bach *) uns entgegensetzen, daß zwar in Beziehung auf Einzeln-Richter, „da wo derselbe Richter, welcher den Prozeß instruirt habe, auch endlich erkenne, die Untersuchungsmethode (und das nobile officium) entschiedene Nachtheile haben könne, daß aber bei Richtercollegien, wo der instruirende Gerichtsdeputirte von dem Decernenten, dieser wieder von dem Referenten getrennte, verschiedene Personen seyen, und endlich der Director des Gerichtes seine Aufmerksamkeit über die Schritte Aller ausdehne, durch diese Controle des Decernenten, des Referenten und endlich des Präsidenten die Mißgriffe des Instruenten auf die endliche Entscheidung gar keinen Einfluß gewinnen könnten". —

Freilich ist durch die Trennung der richterlichen Functionen in eine instruirende, leitende und erkennende dem Conflicte vorgebeugt, den wir, wenn dieselben vereinigt sind, nothwendig entstehen sahen, und da diese trichotomische Theilung der Richterge-

---

wie diese, wenn sie alt wird, sich aus sich verjüngt, kann auch das Recht, wenn seine Formen veralten und absterben, nur, wie der Phönix, aus seiner Asche erstehen, neue Formen annehmen, aber niemals der Form sich entledigen. —

*) a. a. O. S. 49.

walt schon als solche, um dieser logischen Form willen, sich als vernunftmäßig behaupten, und schon deshalb es den Anschein haben könnte, daß diese dreifach geschiedenen Gewalten, jede in ihrer Thätigkeit compensirend und regulirend auf die Thätigkeit der anderen wirkend, die gewisse Erreichung ihres gemeinsamen Zieles außer Zweifel setzen werden; so scheint es allerdings, als ob unsere Betrachtungen gegen das nobile officium an und für sich nichts, und nur das bewiesen hätten: daß ein auf demselben beruhendes Verfahren, wenn anders der höchste Zweck der Rechtspflege, die gerechte Entscheidung der Rechtsstreite, dadurch nicht gefährdet werden solle, nur bei collegialisch besetzten Gerichten eintreten könne.

Indessen selbst dieses, durch die Zugeständnisse der Vertheidiger des Untersuchungsprincipes und des nobile officium *) außer Zweifel gesetzte, Resultat ist, an und für sich betrachtet, schon von der größten Bedeutung. Denn da sowohl in Preußen, als in Baiern die Verwaltung der Justiz in erster Instanz zum großen, wenn nicht zum größeren Theile in den Händen von Einzeln-Richtern ruht; und die würtembergischen Oberamtsgerichte, sowie die hannöverschen Untergerichte durchgängig nur mit einem Richter **) besetzt sind; so ist also dadurch jedenfalls das erwiesen: daß die Organisation der Justizverwaltung in den

*) Denn wie Zum Bach in der eben angeführten Stelle unumwunden gestanden hat, daß das auf dem Untersuchungsprincipe oder dem nobile officium beruhende Verfahren, wenn die Vortheile desselben garantirt seyn sollen, nothwendig Richtercollegien voraussetze; so hat Puchta dasselbe indirect dadurch zugegeben, daß er sich in seiner Vertheidigung dieses Princips überall, wo es ihm an Gründen gebrach, einen Mangel derselben in Abrede stellen zu können, dieser von dem Decernenten ꝛc. ausgeübten Controle als eines Schildes, um diese Blöße zu decken, bedient hat. — (s. a. a. O. S. 76. 85.)

**) Es sind zwar dem Oberamtsrichter sowohl bei der Instruction als bei der Entscheidung des Rechtsstreites Beisitzer zugeordnet; allein diese ungelehrten Beisitzer (denn sie werden aus den Einwohnern der Oberamts-Stadt und dem Stadtrathe gewählt) können hier, wo es eben auf eine technische Controle und eine Theilung der richterlichen Function ankommt,

Staaten, welche das nobile officium judicis der Procedur in bürgerlichen Rechtssachen zum Grunde gelegt haben, diesem Principe widerspreche, und nur durch eine gänzliche Umwandlung derselben, durch die Verbannung aller Einzeln-Richter mit demselben in Einklang gesetzt werden könne *).

Allein in diesem Resultate ist in der That die Widerlegung des nobile officium selbst enthalten.

Denn 1) mit der gemeinten, allen Mißgriffen des Instruenten vorbeugenden, oder dieselben doch ausgleichenden und verbessernden Controle des Decernenten und Referenten verhält es sich in der That nicht im geringsten anders, als mit der Weise, wie in den Ländern unter der Herrschaft des gemeinen deutschen und preußischen Prozesses die Gerichte durch die, von ihnen über ihre Amtsführung einzusendenden, Tabellen controlirt werden, eine Controle, von welcher v. Feuerbach (in seinen Betrachtungen über Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Rechtspflege) sagt, daß sie nicht weiter reiche, als es in dem Willen der Gerichte stehe, sich controliren zu lassen. Ja man muß sagen, daß in diesem Falle die Controle nicht einmal soweit gehe; daß es

---

gar nicht in Betracht gezogen werden. (Vgl. Organisationsedict vom 31. Dec. 1818. §. 43.) —

Vgl. die Prozeßordnung für die Untergerichte des Königreichs Hannover von 1827. Th. I, Tit. 6.

*) Schon mit der Erklärung von Suarez im Vorberichte zum corp. jur. Frid. (S. XXII.), daß der vornehmste Endzweck der neuen Prozeßordnung dahin gehe: 1) den Richter in den Stand zu setzen, die Wahrheit selbst aufzusuchen; dagegen aber auch 2) die Parteien gegen alle willkürliche Behandlung zu sichern; und daß diese Sicherung einerseits durch die Institution der Assistenzräthe, und andrerseits durch die Trennung der richterlichen Functionen, „damit das Schicksal der Parteien nicht von der Willkür und dem Befund eines einzigen, oder auch nur weniger, dem Irrthum unterworfenen oder von Vorurtheilen geblendeten Menschen abhange", habe erreicht werden sollen (S. XXVI. XXIX.) — steht die Beibehaltung von Einzeln-Gerichten, wo jene Trennung der richterlichen Functionen unmöglich ist, und vor welchen den Parteien keine Rechtskundigen Beistände zur Seite stehen (vgl. corp. jur. Frid. Th. II. Tit. 1. sect. II.), in offenbarem Widerspruche. —

bei der reinsten Absicht und bei dem besten Willen, sein ganzes Thun einer prüfenden Beurtheilung zu unterwerfen, dem Instruenten doch an einem genügenden Mittel dazu gänzlich gebreche. — Denn das Mittel, was ihm zu diesem Zwecke zu Gebote steht, das Mittel für die Controle des instruirenden Richters ist eben selbst nur ein Product seiner Thätigkeit, nicht diese selbst, sondern das Resultat derselben und sein eigenes Zeugniß über dieselbe, die von ihm über seine Verhandlungen mit den Parteien aufgenommenen Protocolle. Zwar gehört der Stoff dieser Schriften den Parteien an, zwar erscheint die Vollziehung dieser Protocolle durch die Unterschriften der Parteien als eine Beglaubigung ihres Inhaltes; aber die Verarbeitung und Gestaltung jenes Materials gehört allein dem Richter an, und grade für diese Gestaltung ihrer Vorträge ist es unmittelbar aus dem Grunde, welcher eine solche Verarbeitung derselben nöthig macht, um ihrer Rechtsunkunde willen, unmöglich, die Genehmigung des Protocolles von den Parteien als eine Beglaubigung zu betrachten. — Insofern nun aber diese Verarbeitung sich nicht bloß auf eine Ordnung und Ergänzung der regellosen und verworrenen Parteienvorträge bezieht, insofern dieselbe vielmehr die syllogistische Formirung des gegebenen Materials zum Zwecke hat, nur diejenigen Thatsachen also in sie aufzunehmen sind, welche auf diesen Syllogismus Bezug haben, alle irrelevanten Umstände aber ausgeschieden werden müssen *); so enthält also das Protocoll nicht alle Thatsachen, welche die Parteien dem Instruenten vorgetragen haben, sondern nur diejenigen von diesen Umständen, welche dieser für erheblich gehalten, nur diejenigen, welche er, nach seiner Einsicht und so wie er, das ihm vorgetragene Sachverhältniß subsumiren zu müssen, der Meinung gewesen ist, zur Bildung des Obersatzes des zu stellenden Antrages für passend und genügend erachtet hat. —

*) Vgl. A. G. O. Th. III. Tit. 3. §. 23. §. 32. Puchta a. a. O. S. 66. 72.

Grade dasjenige also, was ganz insbesondere einer strengen, sachverständigen Controle bedarf, da, wo die Parteien wegen ihrer Rechtsunkunde der Einsicht des Instruenten ganz vertrauen müssen, darüber nemlich: ob derselbe bei der Sichtung ihrer Vorträge, bei der Ausscheidung des Relevanten von dem Irrelevanten von einer richtigen Ansicht ausgegangen sey, ob er überhaupt das ganze Sachverhältniß richtig subsumirt habe, ob nicht vielmehr ein ganz anderer, als der von ihm gewählte, Gesichtspunkt der Lage der Sache und den anzuwendenden gesetzlichen Bestimmungen gemäß sey, und in Rücksicht auf diesen nicht die von ihm aufgenommenen, sondern vielmehr die als irrelevant übergangenen Thatsachen erheblich seyen — darüber ist eine Controle durch die aufgenommenen Protocolle, eben weil sie nur die Thatsachen enthalten, und keine anderen enthalten sollen, als diejenigen, welche der Instruent nach seiner Ansicht für erheblich gehalten hat, und aber, um jene Controle ausüben und das Verfahren des Richters prüfen zu können, grade die Wissenschaft von allen Thatsachen, welche die Parteien dem Instruenten vortrugen, unumgänglich erforderlich wäre, außer dem Bereiche der Möglichkeit. — So ist also der Instruent in jenem ersten und wichtigsten Acte seiner Thätigkeit, in der Subsumtion der Thatsachen, in der Sonderung der erheblichen von den unerheblichen, in der Bildung der factischen Grundlage des Urtheils, jener scheinbaren Controle des Decernenten und Referenten ungeachtet, durchaus uncontrolirt *), dasjenige, was zur Kenntniß,

---

*) Aber geschieht denn diese Controle nicht durch die Parteien selbst? Werden und können sie denn nicht von dem Richter verlangen, daß er auch diejenigen Thatsachen in das Protocoll aufnehme, welche er als irrelevant zu übergehen die Absicht hatte? — Dieser Einwurf Puchta's, (a. a. O. S. 76.) geht grade gegen die Voraussetzung: Eben weil die Parteien es nicht verstehen, weil sie die Formen des Rechtes nicht kennen, soll ja der Instruent für sie das Factum subsumiren, für sie concludiren; und eben diese Parteien, deren Rechtsunkunde allein das nobile officium nothwendig macht, sollen andrerseits doch wieder den Richter in dieser

Berathung und Entscheidung des richtenden Collegium kommt, nicht der ganze Kreis von Thatsachen, welche die Parteien zur Unterstützung ihrer Gesuche vorbrachten, sondern nur diejenigen, welche der Instruent nach seinem Urtheile über das obwaltende Rechtsverhältniß für erheblich erachtet hat; das collegialische Urtheil daher von diesem uncontrolirten Vorurtheile des Instruenten abhängig und bedingt, und auf diese Weise selbst bei collegialisch besetzten Gerichten immer nur der Einsicht und dem Urtheile eines Einzelnen, der Erfolg des ganzen Verfahrens anheim gegeben, und, so wie die Parteien dem Instruenten vertrauen müssen, daß er Alles, was zur Unterstützung ihrer behaupteten Rechte in facto und in jure dienlich sey, in das Proto-

---

Thätigkeit controliren, und beurtheilen, ob er auch alle erheblichen Thatsachen aufgenommen habe!

Nur durch eine gleiche petitio principii hat unsere Gesetzgebung die Controverse: ob ein Protocoll, ungeachtet die Partei ihre Unterschrift verweigert hat, gegen dieselbe beweisen könne? zu lösen vermocht. — Es soll nemlich in diesem Falle die Partei, unter Zuziehung einer zweiten Gerichtsperson, eines Justizcommissarius, oder, in dessen Ermangelung, eines sonst glaubhaften Zeugen, von dem Richter befragt werden: ob sie noch die Niederschreibung von Zusätzen oder sonstigen Erklärungen verlange? und wenn sie dieses verneint, und dennoch die Unterschrift verweigert, wie dieses geschehen unter dem Protocolle vermerkt und von dem zugezogenen Zeugen attestirt werden, und alsdann das Protocoll volle Glaubwürdigkeit haben. (s. §. 74. des Anhangs zur A. G. O.). So zweckmäßig diese Vorschrift auch seyn mag, um der möglichen Chicane vorzubeugen, so enthält sie doch in Beziehung auf Rechtsunkundige Parteien den Widerspruch: daß dieselben, die dem Richter vertrauen sollen, daß er ihre „kunstlosen, verworrenen Vorträge in bester Form und ihrer Absicht ganz entsprechend" zu Protocoll bringen werde, deren Mangel an Bildung und Rechtskenntniß der Richter ergänzen soll, doch andrerseits fähig seyn müssen, wenn sie anders es verhindern wollen, daß ein Protocoll wider sie beweise, in welchem ihre Erklärung ihnen unrichtig aufgefaßt zu seyn scheint, die Motive dieser ihrer Meinung sich und dem Richter deutlich zu expliciren, und beurtheilen zu können, worin und inwiefern der Richter gefehlt, ob er unrichtig subsumirt oder concludirt, oder nur durch seinen Vortrag das Sachverhältniß in ein falsches Licht gesetzt habe — also grade diejenigen Fähigkeiten besitzen müssen, welche sie entbehren, und die, weil sie ihnen mangeln, das richterliche officium grade ergänzen sollte. —

coll aufgenommen habe, auf gleiche Weise das erkennende Collegium zu dem Vertrauen genöthigt, daß der Instruent die Lage der Sache richtig beurtheilt, und von den ihm vorgetragenen Thatsachen in dem Protocolle keine übergangen haben werde, welche auf die Entscheidung des Rechtsstreites irgend von Einfluß seyn könnte. —

Aber 2) wenn nun auch der Instruent wirklich den richtigen Gesichtspunkt aufgefaßt hat, wenn er das ganze Sachverhältniß in seiner bestimmten Beziehung auf das streitige Recht dargestellt hat, wenn er so die Hypothesis des richterlichen Urtheils richtig construirt hat: dieses von dem Gesetze geforderte, aber, wie wir eben gesehen haben, keinesweges verbürgte *)

---

*) Ist denn aber diese erste Subsumtion des Sachverhältnisses, diese, für die Vorlegung eines Rechtsstreites zur richterlichen Entscheidung nothwendige, juristische Formirung des thatsächlichen Materials nicht immer unverbürgt, von wem sie auch geschehen möge? Muß nicht die Partei, welche sich wegen ihrer Rechtsunkunde eines Vermittlers bedienen muß, ebensosehr der Einsicht, Geschicklichkeit und dem Scharfblicke des Advocaten vertrauen, als sie dem instruirenden Richter zu vertrauen genöthigt ist? — Dieser Einwand beweist das, was er beweisen sollte, nicht nur nicht, sondern grade das Gegentheil. Denn wenn zugegeben wird, daß jenes ein Amt sey, welches ein persönliches Vertrauen zu dem Vollziehenden voraussetzt; so muß es auch der freien Wahl desjenigen, welcher dieses Amtes bedarf, überlassen werden, wessen Hülfe er sich zu jener Vermittelung bedienen will, und die Änderung dieser Wahl seinem Belieben anheim gegeben seyn: dies ist aber unmöglich, sobald jene Function von dem Richter ausgeübt wird. Ferner aber ist durch die Verbindung dieser präparatorischen und vermittelnden Function mit dem Richteramte unmittelbar die Nothwendigkeit gesetzt, daß der Erfolg dieser Function objectiv verbürgt werde. Denn das Gesetz würde, wollte oder könnte es denselben nicht garantiren, mit sich selbst in Widerspruch gerathen, indem es einerseits durch die Verbindung jener Function mit der richterlichen erklärt, daß die Partei weiter nichts zu thun habe, als die Thatsachen einfach vorzubringen und zu erzählen, damit ihr Recht gesprochen werde; andrerseits aber, da das Rechtsprechen von der richtigen Subsumtion der Thatsachen abhängig ist, wenn dieses Resultat der Thätigkeit des Instruenten nur durch dessen Subjectivität gesichert wäre, dadurch jene Erklärung aufgehoben und widerlegt seyn würde. — Insofern ist also der Beweis, daß für den Erfolg jener Thätigkeit keine objectiven Garantien gegeben werden können, allerdings ein Beweis gegen

Resultat seiner Thätigkeit vorausgesetzt; so würde zwar das nobile officium erfüllt seyn, die Bedingungen eingetreten seyn, welche eine gerechte und adäquate Entscheidung des Rechtsstreites sichern — allein der Zweck, zu dessen Ausführung das nobile officium als Mittel dienen sollte, dieser Zweck ist dadurch immer nicht erreicht, ja sogar seine Erfüllung unmittelbar durch die Formen, welche die Ausführung des nobile officium bedingen, unmöglich gemacht und vereitelt.

Die Schranken zwischen den Schutzsuchenden Bürgern und der das Recht schützenden Macht wollte man niederreißen, diese unnatürliche Scheidung vernichten, die Vermittlung aufheben, den Bürgern das Recht wiedergeben, mit ihren Klagen und Gesuchen ihren Richter selbst anzugehen, und dem Richter die Macht geben, die Parteien selbst zu hören, um durch mündliche Vernehmung derselben sich über die streitigen Verhältnisse aufklären zu können. Zu diesem Zwecke, und nur allein zu diesem Zwecke *), wurde das nobile officium, damit nicht den Parteien der Mangel an Kenntniß der Formen des Rechtes und der Procedur, wenn sie ihre Rechte selbst verfolgen, gefährlich werde, eingeführt, und dem Gerichte zur Pflicht gemacht, diese Rechtsunkunde zu ergänzen, den formlosen Vorträgen der Parteien sowohl die äußere als innere Form zu geben, und das von den Parteien gelieferte Material selber für seine Entscheidung erst zu formiren und vorzubereiten. — Indem aber dieses officium bei Collegialgerichten unmittelbar wieder zu einer besonderen, von dem eigentlichen Richteramte völlig geschiedenen, Function sich gestaltet, indem sich ferner eine solche Auseinanderhaltung und

---

die Verbindung dieser vermittelnden Function mit dem eigentlichen Richteramte. —

*) S. die Entwickelung des Begriffes des nobile officium in dem 1. Kap. Daß hier von dem reinen Untersuchungsprincipe nicht mehr die Rede ist, daß also die Gründe, welche, von diesem Principe ausgegangen, diese Stellung des Richters nothwendig machen, nicht mehr in Betracht kommen können, dies bedarf wohl keiner Erinnerung.

Trennung beider Functionen, wie sie allein bei Collegialgerichten möglich ist, in unseren Betrachtungen als nothwendig gezeigt hat, wenn nicht jede auf die andere störend und hemmend einwirken solle; so ist in der That jenem Zwecke durch dieses Mittel und durch die Formen, mittelst welcher er realisirt werden sollte, widersprochen, und diese ganze Procedur, insofern sie auf diesem Zwecke allein beruht, und für diesen Zweck allein geschehen soll, rein illusorisch.

Der Rechtssuchende Bürger soll seinen Richter selbst angehen, ihm selbst Alles vortragen dürfen, was er zur Geltendmachung seines gekränkten oder bedrohten Rechtes irgend für dienlich und nützlich erachtet. Aber wessen Ohr erreichen denn seine Klagen und Vorstellungen? Nicht das Ohr seines Richters. Ein Deputirter des Richtercollegium, ein Beamteter und Beauftragter des Richters also, der als solcher nicht aus eigenem Rechte, nicht in richterlicher Qualität handelt, sondern für seine Handlungen dem Gerichte verantwortlich ist, dessen Function daher, weil sie eben in jeder Beziehung der Beurtheilung des eigentlichen Richters, des Collegium, unterworfen ist, gar nicht den richterlichen Charakter an sich trägt — hört die Partei, vernimmt ihre Klagen und bringt sie zu Protocoll. — Freilich sind die Parteien nicht mehr an die Büreaux der Advocaten gewiesen, freilich finden sie in dem Gerichtslocale selbst Personen, die, was sie dem Gerichte vorzutragen haben, zu Protocoll nehmen; aber was macht dies in der Sache für einen Unterschied, ob ein Advocat oder ein Assistenzrath oder ein Deputirter des Richtercollegium oder — um auch dessen zu gedenken, was in der Praxis zur Regel geworden, und nothwendig werden mußte — ob ein Candidat des Richteramtes, ein Auscultator oder Referendarius, wie in Preußen, ein Rechtspraktikant oder Accessist, wie in Baiern, oder gar nur der Actuarius, der Gerichtsschreiber die Schriften verfertigt, die Vorträge und Gesuche der Parteien aufnimmt — was ändert dies, da diese Function selbst, von wem sie auch vollzogen werden möge, welches Amt der Vollziehende auch sonst bekleiden möge, immer dieselbe bleibt, und

auf keine Weise und in keinem Falle die Parteien ihrem Richter dadurch irgend näher gebracht werden? Advocat, Assistenzrath, Instruent (von dem Untersuchungsprincipe abgesehen) sind in der That nur verschiedene Namen für ein und dasselbe Amt, für diese Vermittlung zwischen den Parteien und dem Gerichte.

Aber durch die Nothwendigkeit und die Form dieser Vermittlung ist auch der andere Zweck, dem Gerichte ein Mittel zu geben, sich über den Gegenstand des Streites völlig aufklären zu können, ganz verfehlt und vereitelt. Denn nicht nur, daß das Gericht die Parteien nicht selbst hört, hört es auch nicht einmal denjenigen, welchen es mit der Vernehmung derselben beauftragt hat, sondern, gleichwie im gemeinen deutschen Prozesse die Schriften der Advocaten, diese vermittelte Rede der Parteien, nur durch eine abermalige Vermittlung, durch die Vorträge eines Gliedes des Collegium, zur Kenntniß des Gerichtes kommen, also wird auch hier das Vorbringen der Parteien dem Gerichte erst nach einer zwiefachen Metamorphose bekannt. Und durch diese vermittelte Vermittlung, durch diese gedoppelte Verwandlung, die Alles, was von den Parteien zu dem Gerichte gelangen und ebenso Alles, was von diesem zu den Parteien zurückgehen soll, erleiden muß, ist denn dem Gerichte, selbst nach der preußischen Prozeßordnung, ihres Untersuchungsprincipes ungeachtet, das, in der Natur der Sache begründete und nothwendige, Recht, durch Fragen an die Parteien, den richtigen Gesichtspunkt für das Verständniß eines verwickelten und dunklen Sachverhältnisses zu gewinnen, dieses, von dem Untersuchungsrechte durchaus verschiedene, Recht der Interrogationen, wie es von dem Prätor auf dem Tribunal und im deutschen Mittelalter von dem an der Schranne sitzenden Richter ausgeübt wurde, wie es sich in dem französischen Prozesse *), wenn auch in beschränkterem Maaße, erhalten hat, und in dem Gen-

*) Code de procédure art. 119. 333. 428. — Berriat St. Prix cours de procédure civile. 4. ed. p. 283.

fer Procedurgesetz *) in seinem vollen Umfange wiederhergestellt worden ist — schon an sich unmöglich gemacht, ja von dem Gesetze selbst ganz versagt. — Gleichwie den Parteien nur in der Vorhalle des Tempels der Gerechtigkeit zu weilen gestattet ist, ist das Gericht in das Allerheiligste gebannt, und sowenig es aus diesem herausgehen darf, sowenig ist ihm erlaubt, die, mit dem Horazischen „odi profanum volgus et arceo" verschlossenen, Thore des Tempels den Parteien zu öffnen, und sie zu sich hereinzurufen: und wie Alles, was es von ihnen zu wissen begehrt, nur auf einem vielfach gewundenen Wege und durch die Vermittlung einer großen Zahl, nach dem Grade ihrer Weihe und ihres Antheils an dem richterlichen Mysterium gereihter, Personen zu den Parteien, und deren Antwort auf denselbigen Wege zu ihm zurückkehrt; so bleibt denn auch den Parteien die eigentliche und wahrhafte Function des Gerichtes selbst verborgen: nur eine Urkunde wird der, in der Vorhalle harrenden, Partei auf einem ebenso vielfach vermittelten Wege aus dem Heiligthume herausgereicht, welche sie durch das Siegel des Gerichtes und die Unterschrift des Vorsitzenden versichert, daß ihr Inhalt das Ergebniß der richterlichen Thätigkeit, das Erkenntniß und das Urtheil des Gerichtes sey. —

So ist denn das, was man erreichen wollte, nicht erreicht; das Gericht dem Rechtsuchenden eben so unnahbar, wie zuvor, die Schranken, welche sie trennen, nicht zerstört, die Vermittlung, welche man aufheben wollte, geblieben, und nur die Form dieser Vermittelung geändert; durch diese geänderte Form, durch das nobile officium und durch die Protocollmethode aber, wenn wir auf die Resultate unserer Betrachtungen dieser

---

*) Insofern die Vernehmung der Parteien auch über die, von ihrem Gegner gestellten, Fragen nicht vor dem Präsidenten allein, oder vor einem dazu deputirten Richter erfolgt, wie nach dem Code de procédure, sondern in der Audienz geschehen muß.

Vgl. Exposé des motifs de la loi sur la procédure civile pour le canton de Genève, par Bellot. I. p. 109.

Procedur zurückſehen, wenn wir das Urtheil eines berühmten Gelehrten *) über dieſes Verfahren vernehmen: daß es alle Gebrechen der Mündlichkeit an ſich trage, aber alle ihre Vorzüge entbehre, wenn wir noch beachten, daß die Praxis in den meiſten Fällen dieſe vermittelnde Function den Händen der Candidaten des Richteramtes anvertrauen mußte, wenn wir die nur zu gegründeten Klagen eines vielerfahrenen Praktikers **) über dieſe Verwaltung des nobile officium hören — mindeſtens nicht das Geringſte gebeſſert.

Viertes Kapitel.

Schlußbetrachtungen.

Alſo wandeln wir unſere Gerichte wieder in Spruchcollegien um, erkennen die Function der Advocaten als nothwendig und unentbehrlich an, ſtellen den, durch Klage, Exception, Replik und Duplik abgemeſſenen Schrittes ſich hindurchbewegenden Schriftwechſel wieder her, geben dem Gerichte nur ein Recht der Aufſicht und Controle über dieſe ſchriftlichen Verhandlungen, und kehren ſo, Einzelnes nur, deſſen Zweckmäßigkeit die Erfahrung bewährt hat, beibehaltend, im Weſentlichen doch zu dem verachteten und verſtoßenen gemeinen deutſchen Prozeß zurück! Denn was bleibt uns anderes übrig, da ſowohl das eigenthümliche Princip unſeres Prozeſſes, als auch ſeine eigenthümliche Form vor der Kritik nicht beſtehen konnte, und dieſe neue Bildung doch nur *inſofern*, als das Neue und Andere in ihr wirklich das Beſſere und Wahre wäre, jene alten Formen

*) v. Feuerbach's in den Betrachtungen über Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Rechtspflege Bd. I. S. 202. u. fg.

**) Des Verfaſſers der Schrift: über einige Haupthinderniſſe, welche der Verfolgung des Rechtes vor den Gerichtshöfen nach der preußiſchen Prozeßordnung entgegenſtehen. Berlin 1831. — (ſ. S. 20. u. fg.)

zu verdrängen das Recht hätte? Was bleibt uns übrig, da sie zu diesem Rechte sich nicht legitimirt hat, als den gemeinen Prozeß in sein Recht wiedereinzusetzen und ihm die Herrschaft wiederzugeben, die ohne Grund ihm entzogen war?

Aber so wenig es möglich ist, bei dem Untersuchungsprincipe zu beharren, ebensowenig kann, wie bereits ein neuerer Schriftsteller *) bemerkt hat, Preußen zu dem Systeme des gemeinen deutschen Prozesses zurückkehren, ohne einen Rückschritt zu thun. — So natürlich und folgerecht nemlich jener Schluß: daß man zu dem Alten zurückkehren müsse, weil das Neue sich nicht bewährt hat, auch erscheinen mag; so ist er in der That doch nur unter der Voraussetzung wahr: daß der charakteristische Typus des Neuen entweder selbst das Motiv gewesen wäre, warum das Alte aufgehoben und bei Seite gesetzt wurde, oder doch mit diesem in einem so innigen Bezuge stände, daß durch dessen Widerlegung unmittelbar auch der Ungrund und die Unwahrheit jenes Motives außer Zweifel gesetzt wäre. Nur alsdann würde es eine unvermeidliche Nothwendigkeit seyn, den gemeinen Prozeß wiederaufzunehmen, wenn entweder die Elemente und Principien des preußischen Prozesses, sowie sie sich in seinem Systeme ausgebildet und gestaltet haben, mit den Motiven, welche zur Verwerfung der gemeinrechtlichen Procedur den Anlaß gaben, durchaus identisch wären, wenn man deshalb diese Procedur aufgegeben hätte, weil man das Untersuchungsprincip als das allein wahre erkannt, und ein auf diesem Principe beruhendes Verfahren hatte einführen wollen, oder wenn diese Form des Verfahrens wenigstens das einzig mögliche Mittel zu dem Endzwecke wäre, in welchem die unternommene Reform gegründet und gerechtfertigt wurde. Aber weder das erstere, noch das letztere ist der Fall. —

„Es

*) Frh. v. Holzschuher in seinem Werke: der Rechtsweg; ein Versuch vergleichender Gesetzeskritik des französischen mündlichen und gemeinen deutschen schriftlichen Civilprozesses. — Nürnberg 1831. (s. S. 6.)

„Es ist wider die Natur der Sache und wider das Zeugniß der Geschichte, daß die Parteien mit ihren Klagen und Beschwerden von dem Richter nicht selber gehört werden, sondern ihre Nothdurft durch gedungene Advocaten vorstellen sollen", sagt Friedrich der Große in der Kabinetsordre vom 14. April 1780 *), der Grundlage unserer Gesetzgebung. Und diese Einsicht in den Grundmangel des gemeinen deutschen Prozesses: daß es verkehrt und zweckwidrig sey, „wenn der Richter die Acten nicht eher in die Hand bekomme, bis die Verhandlungen geschlossen, und bis von ihm ein Urtheil über diese Verhandlungen gefordert werde, und daß diese Verkehrtheit nothwendig ungerechte Urtheile veranlassen müsse" **) — diese Einsicht war das Motiv, warum Friedrich II. „jene unnatürliche Prozeßordnung" ganz aufzuheben und zu vernichten, den Entschluß faßte.

Und sind es nicht dieselben Gründe, welche in unseren Tagen die geistreichsten und berühmtesten Rechtsgelehrten bewogen haben, gegen die Formen des gemeinen Prozesses sich ganz entschieden, und eine totale Reform für nothwendig zu erklären? Ist es nicht dieselbe Weise, wie v. Feuerbach ***) die Controverse über die Vorzüge und Nachtheile des mündlich-öffentlichen Verfahrens mit dem Einen Worte: daß es nothwendig sey, zu beseitigen gewußt hat: „daß es dem Rechtsuchenden nicht benommen seyn dürfe, als Partei vor dem Richter aufzutreten, und von eben denselben Richtern, welche über ihn urtheilen sollen, unmittelbar selbst gehört zu werden; daß es einem Jeden zustehe, von Allem, was zu seinem Rechte gehöre, auch zu wissen; und daß nur diejenige Prozeßordnung, welche dieses,

*) S. corp. jur. Frid. S. VI.

**) S. die K. O. a. a. O. S. VII.; und den Vorbericht zum corp. jur. Frid. S. XVII. XXI.

***) Betrachtungen über Öffentlichkeit und Mündlichkeit ꝛc. Bd. I. S. 96. u. fg. S. 396.

von der gehörigen Rechtsverfolgung unzertrennliche Recht der Parteien anerkenne, die Forderungen der Vernunft und Gerechtigkeit befriedige"?

Dieses Anerkenntniß des Rechtes der Subjectivität, dabei zu seyn bei Allem, wo es sich um ihr Recht handelt, und überall für dasselbe zu sprechen; und die Überzeugung, daß, was für das Gericht, um dasselbe zu befähigen, den Streit zu entscheiden, geschehe, auch nothwendig vor dem Gerichte und unter seinem unmittelbaren Einflusse geschehen müsse, daß denjenigen, für welche sie bestimmt sind, den Schutzsuchenden Bürgern, die Gerichte auch geöffnet seyn, und dieselben von ihrem Richter selbst gehört werden müssen: diese vernünftige Einsicht in das Wesen und die Natur der Rechtspflege, welche die Geister unserer Zeit die Nothwendigkeit eines öffentlichen und mündlichen Verfahrens hat erkennen lassen, dieselbe ließ dem Geist unseres großen Königes die Gestaltung und das Wirken der Gerichte nach dem gemeinen Prozesse als eine monstrose Verkrüppelung des Alters erscheinen *), und als Elemente für die neue Bildung der Prozeßordnung, Mündlichkeit und (wenigstens in Beziehung auf die Parteien) Öffentlichkeit des Verfahrens, Wiederherstellung eines unmittelbaren Bezuges und Verhältnisses zwischen dem Gerichte und den Schutzsuchenden Bürgern bezeichnen **).

---

*) S. die K. O. S. VII. a. a. O.

**) „Dem sey aber, wie ihm wolle; so ist es mein ernstlicher Wille: daß der Richter künftig die Parteien mit ihrer Klage und Verantwortung selber hören, ihre Erzählungen und mitzubringenden Beweisthümer gegeneinanderhalten, und so den wahren Zusammenhang der Sache, welche zu dem Rechtsstreit Anlaß gegeben, eruiren solle." Verbindet man mit diesen Worten der K. O. vom 14. April 1780 die, Friedrich II. ganz angehörende, Verordnung wegen Abkürzung der Prozesse vom 15. Januar 1776. (s. Mylius nov. corp. const. Marchicarum tom. VI. No. 3. §. 4.): „Nach der Regel müssen alle Prozesse durch Verhöre (plaidoyers) vor den Landesjustizcollegien tractirt werden. Nach geendigtem Vortrage der Sache durch die Advocaten des Klägers und Beklagten soll von dem Gerichte einem oder nach Befund zwei Räthen aufgetragen werden, die Acten

Wie konnte aber diese Wiederherstellung einfacher und natürlicher geschehen, als daß man die bestehende Vermittlung auf-

---

der Advocaten, welche diese zu diesem Zwecke mitzubringen haben, und die darin enthaltenen Briefschaften und Documente genau durchzulesen, zu examiniren, und am nächsten Gerichtstage daraus Vortrag zu erstatten, worauf nach der Deliberation des Collegii der endliche Ausspruch erfolgen solle"; — erinnert man sich ferner, daß schon nach dem, zwar nur als Project 1748 publicirten, aber bis zur Erscheinung des corp. jur. Frid. als Norm des Verfahrens geltenden Codex Fridericianus Marchicus alle Gesuche und Anträge der Parteien mündlich von ihren Advocaten „in der Audienz", „in Gegenwart derer Räthe und der übrigen Advocaten", vorgetragen werden mußten (das sogenannte Constitutioniren), daß die Beschlüsse des Gerichtes auf diese Gesuche und insbesondere die Definitiv-Sentenzen in der Audienz mündlich den Advocaten eröffnet wurden (s. Th. II. Tit. 2. §. 8. Tit. 3); beachtet man endlich, daß die K. O. an dieser, von der gemeinrechtlichen bereits ganz abgewichenen Form des Verfahrens nicht das Geringste geändert hat, daß sie nur das bisherige passive Verhalten des Gerichtes bei diesen Verhandlungen aufgehoben, und den Parteien selbst einen unmittelbaren Antheil an denselben gestattet wissen wollte: — so kann es wohl keinem Bedenken unterliegen, daß Friedrich des Großen Absicht allerdings auf ein mündlich-öffentliches Verfahren gerichtet war, und daß die Ordnung des Verfahrens nach dem corp. jur. Frid. seiner Absicht nicht im entferntesten entspricht.

Grävell ereifert sich in seiner Prüfung der Gutachten der Immediat-Justizcommission (Bd. I. 281.) zwar sehr über diese Commission, wie sie sich darauf habe berufen können, daß Friedrich II. in der Verordnung vom 15. Januar 1776 schon das Plaidoyiren vorgeschrieben habe, da ja diese Verordnung eine ephemere Erscheinung gewesen, die sich nicht länger als 4 Jahre habe erhalten können. Ob dies aber der Absicht Friedrich des Großen gemäß gewesen, dafür ist Grävell den Beweis schuldig geblieben. Denn die K. O. wollte nur „das unschickliche Gewebe des geistlichen Rechtes, über welches ganz Deutschland schon seit vielen Jahrhunderten geklagt hat", zerstören, aber nicht das, was bisher zu diesem Zwecke schon geschehen war, wieder aufheben: weil sie sonst gewiß nicht bloß über das Verhalten des Richters, sondern auch über die Form des Verfahrens, des Vortrages und der Urtheilsfällung, und wie dies anders, als nach der Verordnung vom 15. Januar 1776, geschehen solle, Bestimmungen angegeben haben würde. Und wenn ferner Friedrich II. in der dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois sich auch gegen die raffinements dangereux d'éloquence erklärt (worauf Grävell sich bezieht), so war er doch weit entfernt, die plaidoyers selbst verbannen zu wollen, er wollte sie nur beschränken „à la narration du fait, fortifiée

hob, daß man das Glied des Organismus, welches sich zwischen den Parteien und dem Richter eingeschoben hatte, und einen unmittelbaren Bezug unter ihnen unmöglich machte, ganz herausnahm, daß man die Advocaten ganz entfernte? Und diese Entfernung der Advocaten mußte, da man die degenerirten Zustände jener Zeit vor Augen hatte, da man sich nicht verbergen konnte, „wie alle Mittel den Mißbräuchen der Advocaten in unrichtiger Einleitung, Verwirrung und Verlängerung der Prozesse zu steuern, keinen Erfolg haben könnten, so lange man ihnen die Bestimmung, Sachwalter zu seyn, ließe, so lange die ganze Sache von Anfang an allein in ihren Händen bliebe" *) — um so nothwendiger, ja als die erste und die Grundbedingung einer wirklichen und heilsamen Justizreform erscheinen. Diese erste, nähere, schon in der Kabinetsordre vom 14. April 1780 ausgesprochene **), Zweckbestimmung der Grundlage, von welcher bei der vorzunehmenden Reform ausgegangen werden sollte, führte unmittelbar aber zu einer weiteren und höchst bedeutenden Bestimmung.

Entfernte man die Advocaten; so mußte das, was bisher ihres Amtes war, die Einleitung und Vorbereitung des Rechtsstreites zur richterlichen Entscheidung, unmittelbar von dem Richter selbst geschehen. Was bisher von verschiedenen Seiten, und von jeder Seite in particulärem und entgegengesetztem Interesse geschah, konnte aber, indem es zu einer richterlichen Function erhoben wurde, wenn anders diese Erhebung nicht illusorisch und der Richter in dieser Function nicht bloß als Advocat des Klägers und als Advocat des

---

de quelques preuves et terminée par un épilogue ou une courte récapitulation (a. a. O. S. 146); und die K. O. bewilligt den Parteien ausdrücklich die Assistenz eines Rechtsfreundes, der ihre Rechtsgründe deduciren solle. —

*) Vgl. Vorbericht zum corp. jur. Frid. S. XXI.

**) Vgl. S. VIII. corp. jur. Frid.

Beklagten erscheinen sollte *), nicht in diesem particulären Interesse belassen bleiben; sondern es mußte selbst als etwas an sich Allgemeines und dem allgemeinen, objectiven Interesse Angehörendes aufgefaßt werden: das Sachverhältniß, indem seine Ermittlung und Constatirung als eine integrirende Function des Richteramtes betrachtet wurde, bekam dadurch unmittelbar eine objective Bedeutung; auf dessen Feststellung daher der Richter nicht nur insofern, und insoweit, um eine genügende Grundlage für sein Urtheil sich bilden zu können, zu achten, sondern vielmehr die darauf bezüglichen Thatsachen nach ihrem wirklichen Verhalten, aus eigenem Rechte und um des allgemeinen Interesses willen, zu ermitteln die Pflicht habe. Also bestimmt und individualisirt ist jener Endzweck der nach der Kabinetsordre vom 14. April 1780 einzuführenden Prozeßform in dem Vorberichte zum **corpus juris Fridericianum** dahin ausgesprochen:

> den Richter in den Stand zu setzen, die Wahrheit selbst aufzusuchen, das Factum zu untersuchen, und zu dieser Erforschung alle erlaubte und der Sache gemäße Mittel anzuwenden **) —

Gewann freilich in dieser Auffassung der zu befolgende Plan an Individualität, und gestaltete sich in ihr zu einem bestimmten, der Entwickelung zu einem Systeme fähigen, Principe; so war doch dadurch zugleich dieser Entwickelung eine Richtung gegeben, die eine völlige Divergenz, ja eine gänzliche Lossagung von dem ursprünglichen Plane und dem anfänglich Gewollten nothwendig herbeiführen mußte.

---

*) Die preußische Prozeßordnung hat daher vor jenen anderen, die, wie die baierische Novelle vom 22. Juli 1819, das würtembergische Organisationsedict vom 31. December 1818 und die hannöversche Prozeßordnung von 1827, denselben Zweck durch dasselbe Mittel verfolgend, auf dem halben Wege stehen blieben, dem Richter zwar die Vorbereitung des Rechtsstreites, die Aufnahme der Erklärungen der Parteien zum Protocoll auftrugen, aber dieser Operation durchaus den Charakter des particulären Interesses ließen — wenigstens den Vorzug der Consequenz.

) **Vgl. corp. jur. Frid. S. XXII. XXIII.

Denn 1) indem die Untersuchung des Factum und dessen Constatirung für eine richterliche Function erkannt wurde; so konnte diese sich nicht darauf beschränken, an einem bereits fertigen und gestalteten Material nur noch zu rücken, zu ordnen, und Einzelnes, was unklar dargestellt oder übergangen war, durch Fragen aufzuhellen und ins Licht zu setzen; sondern eben diese Fertigung, Gestaltung des, durch eigene Ermittelung und Nachforschung zu gewinnenden, Materials selbst mußte Gegenstand der richterlichen Thätigkeit werden; und diese den Rechtsstreit von seinem Anfange an, durch Klage und Antwort, durch alle seine Stadien bis zum Abschlusse geleiten und für das Urtheil vorbereiten. Diese rein präparatorische Operation mußte aber, als solche, nothwendig von der eigentlich richterlichen Function ausgeschieden werden; sie konnte nicht von dem versammelten Gerichte *), sondern nur von einem damit beauftragten Gliede desselben vollzogen werden. So mußte man freilich die vorgefundenen Anfänge eines wirklich mündlichen Verfahrens, der mündlichen Verhandlungen vor versammeltem Gerichte, wie sie in dem Projecte des Codicis Fridericiani Marchici für die Procedur in summarischen Sachen und für das sogenannte Constitutioniren der Advocaten vorgeschrieben waren, und welche nach Friedrich des Großen neuer Verordnung zur Abkürzung der Prozesse die Regel des Verfahrens bilden sollten, unbenutzt lassen, ja, als unbrauchbar für diesen Zweck, ganz beseitigen: man konnte die Parteien, anstatt mit dem Richter, mit dem Gerichte, wie es die Kabinetsordre wollte, nur mit einem Richter, einem Beauftragten des Gerichtes, in persönliche Berührung und in ein unmittelbares Verhältniß setzen; und

*) Auch in Beziehung auf Einzeln-Richter tritt diese Scheidung wenigstens insofern ein, als sie nicht unmittelbar auf die mündlichen Vorträge der Parteien das Urtheil fällen, sondern diese Vorträge erst zu Protocoll bringen müssen, und nur, was in diesen Protocollen enthalten ist, die Grundlage ihres Urtheils bildet; so daß auch hier das, die schriftliche Procedur charakterisirende, Sprichwort: quod non in actis est, non est in mundo, seine volle Kraft behält. —

dessen Verhandlungen mit den Parteien dem Gerichte nur durch die, von ihm darüber aufgenommenen, Protocolle, also nur durch schriftliche Urkunden, bekannt werden lassen. —

War nun auch in dieser Form der protocollarischen Verhandlungen jener Zweck eines mündlichen Verfahrens ganz offenbar verfehlt, und, anstatt die Vermittlung aufzuheben, wie man wollte, nur eine andere Art der Vermittlung eingeführt worden; so hatte doch 2) das Princip, aus welchem diese Form des Verfahrens hervorgegangen, in seiner Ausbildung in dem Systeme der Gerichtsordnung, und demnächst durch die Doctrin einen so selbständigen, in sich selbst ruhenden Charakter erlangt, daß sich diese Procedur dessen ungeachtet zu behaupten gewußt hat. Denn indem man davon ausging, und wie wir sahen, sobald man die Advocaten ausschließen wollte, davon ausgehen mußte, daß der Richter das Factum selbst untersuchen müsse, indem dadurch der thatsächliche Grund des Rechtes den Schein von objectiver Wahrheit erhielt; so führte dies ganz natürlich zu der Meinung: daß das Recht nicht sowohl in seinem Grunde, seiner Form nach, sondern vielmehr, seinem Inhalt und dessen thatsächlicher Gestaltung nach, in seiner unmittelbaren Wirklichkeit und nur in dieser allein berechtigt sey. Und von dieser Idee eines materiellen Rechtes aus mußte freilich das Untersuchungsprincip als das vollkommenste und allein wahre Princip, die Aufsuchung und Erforschung des wahrhaften Verhaltens der, auf ein streitiges Recht bezüglichen, Thatsachen, als der höchste und eigentliche Beruf des Richters, und das Urtheil nur als etwas Secundäres, das sich schon von selber finden werde, wenn nur erst über den Thatgrund des Rechtsstreites das reine Licht der Wahrheit verbreitet sey, erscheinen; so daß man denn allerdings nicht nur die protocollarische Verhandlungsform, als für das Untersuchungsprincip unentbehrlich, gegen allen Tadel in Schutz nehmen, sondern selbst gegen die Forderungen eines mündlichen und öffentlichen Verfahrens polemisch auftreten und behaupten konnte: daß man in dem, auf diesem Principe beruhenden, Verfahren sich des vollkommensten Besitzes und Genusses

der rechten und wahren Mündlichkeit erfreue, der Mündlichkeit, welche eine sichere, treue und gründliche Aufklärung des streitigen Sachverhältnisses sichere; daß eine andere und weitere Mündlichkeit nicht nur keinen realen Nutzen gewähre, sondern auch durch diese ausgeschlossen sey, indem Alles, was auf thatsächliche Verhältnisse Bezug habe, in dem Kreise jener Mündlichkeit begriffen, und zu den Verhandlungen des instruirenden Richters mit den Parteien verwiesen sey, alles Andere aber, die Darstellung und Entwicklung der Rechtsgründe, die an und für sich dem Richter schon bekannt seyen, etwas Außerwesentliches, Inhaltsloses und Überflüssiges seyn würde; weshalb man denn auch einer Öffentlichkeit, da dieselbe ohne jene Mündlichkeit eine leere Form seyn würde, gar nicht bedürfe *). —

Wenn daher unsere Betrachtungen ihren Zweck erreicht haben, wenn sie die Nichtigkeit und Unwahrheit des Untersuchungsprincipes erwiesen, und gezeigt haben: daß dieses Princip, die Natur des Privatrechtes und den Charakter des Rechtsstreites ganz verkennend, während es in dem an sich zufälligen Inhalte der Rechtsverhältnisse, in der Existenz und Verknüpfung an sich zufälliger Thatsachen, deren Wahrheit und den Grund ihrer Wirklichkeit suche, darüber sowohl den wahrhaften Grund derselben und den lebendigen Quell des Rechtes, die Freiheit und Persönlichkeit der Individuen, an sich verläugne, als auch dem Gericht, indem es die Erkenntniß, Aufsuchung und Erforschung zufälliger, bedingter und endlicher Verhältnisse nicht nur zu einem Gegenstande seiner Thätigkeit bestimme, sondern auch allein von dieser Erkenntniß den Werth seines ganzen Thuns bedinge und abhängig mache, seine objective Stellung und die sichere Gewißheit der Vollbringung seines Berufes entzogen habe; so ist durch dieses Resultat, geschweige, daß es den Zweck und das Ziel, welches unsere Gesetzgebung zu erreichen sich vorgesetzt hatte, ganz vernichtete, vielmehr, indem es ein Princip, das, aus

*) Vgl. u. a. Grävell's Prüfung der Gutachten der Immediat-Justizcommission Bd. I. S. 24. fg., 234. fg., 268. fg.

jenem Zwecke zwar hervorgegangen, und als Mittel zu demselben gewählt, in seiner Ausbildung aber, von den, seine Entstehung vermittelnden, Motiven sich losreißend, demselben feindselig gegenübertrat, widerlegt hat — die Bahn zu einer weiteren Verfolgung jenes Zieles nicht allein gebrochen, sondern selbst auf das allerbestimmteste vorgezeichnet. —

Denn wenn wir beachten, wie durch eine gänzliche Entfernung der Advocaten oder auch nur durch den Versuch der Anordnung eines Verfahren, welches deren Zuziehung entbehrlich mache, die Schranken, welche das Gericht von den Parteien trennen, nicht zerstört, die Vermittlung zwischen ihnen nicht aufgehoben werde, sondern im Wesentlichen ganz dieselbe bleibe, nur ihre Form geändert, und durch diese Änderung ein unmittelbares Verhältniß, ein unmittelbarer Bezug zwischen dem Gericht und den Parteien ganz unmöglich gemacht werde, ja daß ein solches Verfahren, consequent ausgebildet, wie das preußische, selbst zu einem Principe führe, daß sich jenem Zwecke positiv entgegensetze, und seine Nothwendigkeit läugne; wenn wir beachten, wie alle jene Proceduren, ihres Strebens nach einem mündlichen Verfahren, und der Verbannung der schriftlichen Verhandlungen ungeachtet, doch der Schrift nicht haben entbehren, und eines Surrogates des Schriftwechsels sich haben bedienen müssen: wenn wir durch diese mißlungenen Versuche belehrt, eben sowohl die Function der Advocaten für unentbehrlich, als auch eine schriftliche Basis der Verhandlungen für nothwendig anerkennen; so ist durch diese Erfahrung ein sicherer Grund dafür gewonnen, in welcher Weise und in welchem Maaße ein unmittelbares Verhältniß der Rechtssuchenden Bürger zu dem Gerichte wieder hergestellt werden könne.

Nicht so nemlich, daß die Advocaten ganz beseitigt werden, daß dieses nothwendige Glied aus dem Prozeßorganismus ganz herausgenommen wird, sondern so: daß dieses Glied in die Lage wieder zurückgebracht wird, aus welcher es im Laufe der Zeit herausgerückt ist, daß die Advocaten nicht zwischen dem Richter und der Partei mitten inne stehen, die nothwendigen Mittels-

Personen sind, sondern daß sie vielmehr den Parteien nur zur Seite stehen, daß sie, wie es ihr natürlicher Beruf ist, für diese sprechen und schreiben, wenn diese es nicht vermögen oder nicht wollen, über die Beobachtung der Rechtsformen wachen, und daher Alles, was auf diese Bezug hat, vornehmen, die förmlichen Schriften anfertigen und die förmlichen Anträge bilden; daß aber die Parteien das Recht und die Macht haben, selbst zu dem versammelten Gerichte zu sprechen, und diesem es zusteht, von ihnen selbst über Alles das, was es zur Aufklärung und Verständigung über die vorgetragenen Thatsachen für zweckmäßig erachtet, Antwort zu fordern. Nicht so, daß man die Schrift ganz verbannen will, und noch weniger so, daß man einen förmlichen Schriftwechsel als Vorverhandlung gestattet; weil im ersteren Falle die Schrift, um ihrer Nothwendigkeit willen, doch in einer anderen Form, in den Protocollen des Instruenten oder des Gerichtscommissär wiederkehren wird, in beiden Fällen aber für die mündliche Verhandlung nichts übrig bleiben würde, als die Wiederholung des bereits Geschriebenen; sondern vielmehr so: daß die Nothwendigkeit der Schrift für die Grundlage, aber nur für die Grundlage, für die Befestigung des Rechtsstreites anerkannt und darauf beschränkt wird. —

Wenn so die Rechtssuchenden durch den Beistand eines zu diesem Schutze bestellten und anerkannten Rechtskundigen gegen die Verletzung, Umgehung oder Nichtbeachtung alles dessen, was die Gesetze für die innere und äußere Form der gerichtlichen Vorträge fordern, und, um der formellen Natur des Rechtes willen, nothwendig fordern müssen, geschützt sind *); dann

*) Man macht dem französischen Prozesse es oft zum Vorwurfe, daß er den Parteien nur im Beistande recipirter Anwälte vor Gerichte zu erscheinen gestattet, ohne von diesem Grundsatze weder in Rücksicht der Personen noch der Umstände die geringste Ausnahme zuzulassen. Wenn man aber die Function der Advocaten als unvereinbar mit der richterlichen und eine Ergänzung der Rechtsunkunde der Parteien „von richterlichen Amtswegen" für unzulässig erkennen muß, wenn man ferner die von dem Gesetze vorgeschriebenen Formen nicht für etwas so Unwesentliches betrachtet, daß man darüber auch „hinweggehen könne"; so erscheint jener Grundsatz

hindert nichts, die Parteien vor das versammelte Gericht treten zu lassen, und ihnen das nothwendige Recht wiederzugeben, vor ihren Richtern zu sprechen, ihre Rechte vor dem Gerichte selbst, sey es persönlich oder durch ihren Anwalt, zu verfolgen und zu vertheidigen; wie dann auch nichts hindert, dem Gerichte das Recht der Interrogationen, das Recht, die anwesenden oder zu berufenden Parteien über Umstände, die in den Vorträgen der Anwälte unklar und dunkel geblieben sind, zu befragen, wieder zu verstatten. Und wenn ferner eine Verbindung des schriftlichen und mündlichen Verfahrens nicht auf eine solche Weise versucht wird, wie es in dem revidirten baierischen Prozeßordnungs-Entwurfe von 1827 geschehen ist, dergestalt nemlich: daß man Beides nach einander folgen, was bereits niedergeschrieben, nur mündlich wiederholen läßt, Alles, was für die Entscheidung des Streites dem Richter zu wissen nothwendig ist, in die schriftlichen Verhandlungen bannt, und der mündlichen nichts vorbehält, als das für den Richter Außerwesentliche, die Rechtsausführungen; so daß alle wesentlichen Organe der Bewegung verdoppelt sind, und eine solche Prozeßordnung, wie v. Holzschuher sagt *), einem Menschen zu vergleichen wäre, den die Natur mit vier Armen und vier Füßen an das Licht der Welt gefördert hätte; wenn vielmehr die Schrift nur auf die Befestigung der Grundlage des Rechtsstreites, nur auf die Angabe dessen, was der Kläger verlangt, was der Beklagte von dem Geforderten nicht zugesteht, und aus welchem Grunde nicht — (in der Regel) beschränkt wird, und die weitere Aus-

---

vielmehr als die größeste Consequenz; wie denn auch alle Modificationen desselben, die man versucht hat (z. B. im niederländischen Entwurf Tit. I. Art. 20. und im revidirten baierischen Entwurf §. 63 u. §. 362.), sich als ganz ungenügend und unhaltbar erweisen.

Vgl. v. Holzschuher der Rechtsweg rc. S. 255. u. fg.

*) In der angeführten Schrift: der Rechtsweg rc. S. 77.

Vgl. überhaupt den an treffenden Bemerkungen über die Zweckwidrigkeit der Verbindung eines schriftlichen und eines mündlichen Verfahrens reichen §. 3. und §. 4. des 1ten Abschnittes dieses Werkes. —

führung und Entwicklung der Thatsachen sowohl als der Rechtsgründe der mündlichen Verhandlung vorbehalten bleibt: dann wird dieses mündliche Verfahren nicht bloß als ein, nur der Beruhigung und subjectiven Vergewisserung der Parteien willen, daß die Richter auch Alles, was sie zur Vertheidigung ihrer Rechte vorgebracht haben, vernehmen, den eigentlichen Verhandlungen angehängter, an sich überflüssiger Zusatz erscheinen, der, ohne dem Wesen des Verfahrens Eintrag zu thun, weggelassen werden könnte, und eben deshalb auch ganz gewiß im Laufe der Zeit verschwinden würde; dann wird es nicht bloß den Namen der Hauptverhandlung führen, sondern in der That für die Richter sowohl, als für die Parteien diese Bedeutung haben; und nur dann erst von diesem mündlichen Verfahren eine Vereinfachung, Verkürzung und Verminderung der Kosten des Prozeßganges, das, was die Praxis so dringend von der Gesetzgebung gefordert hat, mit Gewißheit erwartet werden können, während jede andere Weise der Reform, die Verbindung eines schriftlichen, sowohl des eigentlich schriftlichen als des protocollarischen, Verfahrens und eines mündlichen Verfahrens nothwendig eine Verdopplung des Zeit- und Kostenaufwandes zur Folge haben würde. — Alsdann endlich, wenn dieses mündliche Verfahren nicht nur eine leere Form ist, wenn sie einen wirklichen Inhalt hat, wenn sie den ganzen Prozeß in seinen wesentlichen Elementen in sich begreift, wenn auch der Schluß des Ganzen und der Zweck, für welchen allein das ganze Verfahren geschieht, die Urtheilsfindung, die Abstimmung und Schlußfassung, mündlich erfolgt; dann wird auch die Öffentlichkeit dieses mündlichen Verfahrens nicht bloß ein leerer Schein, sondern das wirklich seyn, die Bedeutung für die Parteien, für das Gericht und für die Bürger, denen sie den Zutritt zu den gerichtlichen Verhandlungen verstattet, wirklich erhalten, in welcher die Nothwendigkeit und das Bedürfniß der Öffentlichkeit der Rechtspflege für die Parteien, für das Gericht und für die Bürger des Staates gegründet ist: dann, wenn die mündlichen Verhandlungen Alles enthalten, was die Grundlage des Urtheils bildet,

gewährt die Öffentlichkeit derselben den Parteien die Möglichkeit, sich von der Beobachtung alles dessen zu überzeugen, was das Gesetz zur Gültigkeit des Verfahrens fordert, und giebt ihnen zugleich Zeugen, deren Bekräftigung allein die, ihrer Behauptung der Verletzung der Formen entgegenstehende, Präsumtion und den gerichtlichen Glauben zu überwinden im Stande ist; dann, wenn seine ganze Thätigkeit in allen ihren Momenten und Bezügen, wenn der ganze Verlauf des Rechtsprechens offen und vor aller Augen geschieht, dann erst ist und erscheint das Gericht wirklich als das, was es ist, als das lebendige, lebendig wirkende Gesetz, als die gegenwärtige, das Recht schützende und erhaltende Macht; dann giebt die Öffentlichkeit des Gerichtes durch das unmittelbare, sinnliche Anschauen seines ganzen Wirkens, durch diese Präsenz seines ganzen Handelns den Bürgern des Staates das Vertrauen und die Zuversicht auf eine waltende Gerechtigkeit, und das Bewußtseyn ihrer Freiheit.

Und in diesem Sinne ist eben die Gerechtigkeit die hohe Macht, die allen Völkern heilig war und ist. Nicht weil sie das Besitzthum schützt, das, an sich vergänglich, früher oder später doch dem Gesetze der Natur unterliegen muß, und ebenso, wie es vergeht, auch wieder gewonnen wird, nicht das ist es; sondern das durch diesen Schutz die Menschen als Freie, als Personen anerkannt sind, daß sie, ohne alle Rücksicht auf ihre besonderen Verhältnisse, auf ihre natürlichen und bürgerlichen Vorzüge, rein um ihrer selbst willen, freie und berechtigte Wesen sind, daß die Gerechtigkeit dieses natürliche Erbtheil eines Jeden, dieses, einem jeden Menschen-Geiste gleich aufgedrückte, Siegel seiner göttlichen Abstammung, an sich frei zu seyn, zur Anerkennung bringt — darum ist sie die allverehrte, die Staaten bildende und erhaltende Gottheit.

Beilagen.

I.

Über das Verhältniß der Gerichtsordnung zum corpus juris Fridericianum *).

Man hat der Gerichtsordnung sehr häufig ihre Abweichungen von dem corpus juris Fridericianum vorgeworfen, und dieselbe der Inconsequenz, ja der Apostasie beschuldigt, da sie die verbannten Advocaten wieder eingeführt, und „die Verhandlungsmethode der Untersuchungsmethode so seltsam untermischt habe **), daß eine Verwirrung der Begriffe, des beabsichtigten Zweckes und des Verfahrens selbst sich nicht mehr vermeiden lasse".

Indessen kann nicht leicht ein Vorwurf unbegründeter seyn, als dieser.

Denn wenn die Prozeßordnung von 1781 jene ausgedehnte richterliche Gewalt, um ihrer selbst willen, hatte einführen wollen, und kein anderes Motiv die Veranlassung gewesen war, dem Richter die volle Gewalt zu übertragen, „die Prozesse nach seiner kunstgemäßen Einsicht und nach den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit, unabhängig von dem unverständigen Willen der Parteien, zu führen, als eben die Überzeugung, daß eine solche Stellung des Richters in der Natur der Sache begründet sey, und von der Gerechtigkeit ebenso sehr, als von dem Interesse des Staates gefordert werde ***); so hat die Gerichtsordnung schon das wesentliche Verdienst,

---

*) Vgl. Einleitung S. 5. fg.

**) Dies wird namentlich in der Recension des Gutachtens des Appellationsgerichtsdirector Bandel über die schickliche Vereinigung der baierischen und preußischen Prozeßordnungen in der Allg. Lit. Zeitung von 1811 No. 2. (abgedruckt in Mathis juristischer Monatsschrift Bd. 11. S. 12.) behauptet.

***) Vgl. die angeführte Recension. Mathis S. 13.

den falschen Schein, als ob die richterliche Untersuchungspflicht nur als ein Mittel zu einem zunächst ganz anderen Zwecke gewählt worden sey, aufgehoben, und dasselbe als das leitende Princip des ganzen Systemes wirklich gesetzt zu haben.

Die Gerichtsordnung hat aber ferner das große Verdienst, daß sie dieser planmäßig verfahrenden richterlichen Thätigkeit, geschweige ihr Schranken zu setzen, vielmehr eine volle und unbegränzte Wirksamkeit gegeben, und die hiezu im corpus juris Fridericianum gebrochene, aber noch enge und beschränkte Bahn völlig geebnet und erweitert zu haben.

Nach dem corpus juris Fridericianum wurde nemlich auf jede Klage-Anmeldung ein Assistenzrath ernannt, der von dem Kläger vollständige Information einzieht, auf Grund dieses Informationsprotocolles ein Klagelibell abfaßt, und dieses mit jenem Protocolle, das aber bei seinen Manualacten bleibt, und nur zur Controle dient, dem Collegio einreicht (vgl. Th. I. Tit. 2. §. 11, Tit. 9. §. 2. Tit. 3.). Wird diese Klage für vollständig und zulässig befunden; so wird das Libell dem Beklagten in Abschrift mitgetheilt, und ein anderer Assistenzrath demselben zugegeben, welcher auf gleiche Weise die, aus dem aufgenommenen Informationsprotocolle ausgezogene, Klagebeantwortungsschrift einreicht (Tit. 4. §. 9. Tit. 7.). — Nur wenn der Beklagte sein Domicil am Gerichtsorte hat, wird von einem Deputirten des Collegium die Klagebeantwortung zum Protocoll genommen; indessen in wichtigen und weitläufigen Sachen kann auch dann der Assistenzrath des Beklagten die Beantwortungsschrift anfertigen (Tit. 9. §. 5. §. 13. §. 16.). Hierauf wird zwar ein Termin vor einem Deputirten des Collegium anberaumt, dem Kläger jedoch unter Mittheilung der Beantwortung, wenn in dieser der Klagegrund bestritten, oder Einwendungen dagegen, oder gegen die Beweismittel vorgebracht sind, aufgegeben, das, was er zur Widerlegung und Entkräftung dieser Einwendungen, oder was er gegen die Gegenbeweismittel in facto zu erinnern habe, vor dem Termine durch seinen Assistenzrath s c h r i f t l i c h, und zwar so zeitig anzuzeigen, daß dem Beklagten hievon früh genug Nachricht gegeben werden könne, um in dem Termine selbst hierauf hinlänglich vorbereitet erscheinen zu können *). —

Der Thätigkeit des Instruenten geht also ein, von ihm völlig unabhängiger, und nur in Rücksicht seiner Vollständigkeit vom Decernenten

*) Tit. 8. §. 12. §. 13. Bei den größeren Untergerichten versehen die Gerichtsassistenten oder Assessoren die Functionen der Assistenzräthe bei den Obergerichten, und es kommt auch bei diesen Untergerichten das eben beschriebene Verfahren ganz in Anwendung; hingegen bei den kleineren Untergerichten geschieht das ganze Verfahren in mündlichen Verhandlungen zum gerichtlichen Protocoll. Vgl. Th. II. Tit. I. §. 3. §. 41. —

controlirter, Klage, Exceptionsschrift und Replik enthaltender Schriftwechsel in der Regel voraus. Erst nach diesem Vorverfahren, nachdem so durch Klage und Antwort, Einrede und Erwiederung bereits die factischen Grundlagen des Streites völlig festgestellt sind — denn die in diesen Schriften geschehenen Zugeständnisse sind unwiderruflich, so lange nicht ein Irrthum nachgewiesen ist (Th. I. Tit. 4. §. 9.) — beginnt der instruirende Richter, die Parteien gegeneinander zu hören, sucht sie über die streitigen facta durch diensame, aus der Sache selbst genommene, Remonstrationen zu vereinigen, und nimmt die definitiv festgestellten Zugeständnisse und Abläugnungen, und den damit sich von selber formirenden statum controversiae zu Protocoll (Tit. X. §. 10. §. 11.).

Die Function des Instruenten beschränkt sich daher im corp. jur. Frid. darauf: „durch das Examiniren und Gegeneinanderstellen der Parteien" über eine bereits constituirte factische Grundlage und die in dem Vorverfahren streitig gebliebenen Punkte ein Beweisverfahren überflüssig zu machen, und, sofern dieser Zweck nicht erreicht werden sollte, das Beweisverfahren zu reguliren und zu leiten.

Stellt man diesem Verfahren das in der Gerichtsordnung vorgeschriebene gegenüber, beachtet man, daß hier der Prozeß von Anfang an, von der Aufnahme der Klage bis zum Ende mündlich zum Protocoll von einem und demselben deputirten Gerichtsmitgliede *), mögen die Parteien in Person, oder Justizcommissarien für sie erscheinen, instruirt wird, schriftliche Klagen nur für einen abwesenden Kläger von einem Justizcommissarius eingereicht (§. 16. Th. I. Tit. 5.), und schriftliche Klagebeantwortungen nur Ausnahmsweise nach vorhergegangener Prüfung und Genehmigung des Collegium zugelassen werden sollen (§. 15. Th. I. Tit. 9.), weiter aber gar keine schriftlichen Erklärungen; so möchte wohl nicht mehr bezweifelt werden können, daß erst die Gerichtsordnung dem Instruenten es möglich gemacht hat, den Prozeß nach seiner kunstmäßigen Einsicht und nach einem durchdachten Plane consequent zu leiten; und daß nicht der Gerichtsordnung, son dn der Prozeßordnung von 1781 der Vorwurf gemacht werden müsse, die Untersuchungs- und Verhandlungsmethode mit einander verbunden zu haben. —

Und was endlich die Wiedereinführung der Advocaten unter dem Namen von Justizcommissarien betrifft; so könnte man der Gerichtsordnung nur die Einsicht zum Vorwurf machen: daß man in dem Institute der Assistenzräthe nichts Neues geschaffen, sondern nur das Institut der Advo-

*) Daß die Instruction einem anderen Mitgliede in der Regel aufgetragen wird, als demjenigen, welches die Klage aufgenommen hat, beruht nur auf einer Observanz der Praxis.

caten denaturirt habe. Denn worin die Assistenzräthe, die in unmittelbarer Beziehung mit den an sie gewiesenen Parteien treten, alle Materialien herbeischaffen, die Prozeßschriften für sie anfertigen, den Instruenten überall controliren, am Schlusse der Instruction die Rechte ihrer Partei deduciren, und deren Gerechtsame überall mit Eifer und Nachdruck vertheidigen sollen, und die, wenn die Sache im Collegium zum Vortrag kommt, sich entfernen müssen *), während die Instruenten und Decernenten mitvotiren (und zwar ganz consequent, weil ein Richter ohne Votum aufhört, ein Richter zu seyn) — worin diese Assistenzräthe von den Advocaten im Wesentlichen verschieden seyen, möchte wohl eben so schwierig anzugeben seyn, als es dem Gesetze leicht war, ihnen den Namen einer richterlichen Person zu geben, und die unmögliche Pflicht aufzuerlegen: Alles, was sie von der Wahrheit in Erfahrung bringen, ohne Rücksicht, ob es ihrer Partei zum Schaden gereiche, dem Richter ohne Vorbehalt anzuzeigen.

In der That sind aber durch die Wiedereinsetzung der Advocaten, diese von jener unnatürlichen Stellung **) und die Parteien von dem despotischen Zwange befreit, sich eines Rathgebers zu bedienen, den sie sich nicht gewählt haben ***); durch die Aufhebung jenes schriftlichen Vorverfahrens für den die Wahrheit erforschenden Richter — da die, nur die Stelle ihrer Partei vertretenden, Justizcommissarien, gleich wie diese selbst, seinen Anordnungen Folge leisten, sich vernehmen, und über alle zur Sache gehörenden Umstände Antwort und Auskunft ertheilen müssen †) — alle Hindernisse seiner Thätigkeit aus dem Wege geräumt, ja selbst — wenn

*) Vgl. corp. jur. Frid. Th. IV. Tit. 3. §. 27. fg. §. 16.

**) Eine unmittelbare Folge dieser Stellung war es, daß sie, um ganz sicher zu gehen, und den harten peinlichen Strafen, die ihnen angedroht sind, wenn sie sich Unwahrheiten u. s. w. zu Schulden kommen lassen (vgl. corp. jur. Frid. Th. IV. Tit. 3. §. 26.); ihre Function als rein richterliche behandelten, und in ihren Berichten an die Gerichtshöfe den Ungrund der Ansprüche oder Einwendungen ihrer eigenen Partei zu deduciren suchten — wie dies in dem Circularrescripte vom 19. März 1782 ihnen vorgeworfen und verwiesen wird.

***) Daß die Parteien gegen die, von dem Gerichte ihnen angewiesenen, Assistenzräthe Mißtrauen gehegt, mit der Wahrheit und ihrer Wissenschaft von der Sache und den Beweismitteln gegen diese zurückgehalten hätten, wird in dem, die Justizcommissarien an die Stelle der Assistenzräthe zur Vertretung der Parteien im Prozesse zuerst wieder zulassenden, Circularrescripte vom 20. September 1783 als Hauptmotiv dieser Änderung angegeben.

†) Vgl. §. 16. §. 71. A. G. O. Th. I. Tit. 3.

man sich nur zu der Fiction versteht: der Instruent sey der Richter; eine Annahme, die aber so tief in das System des preußischen Prozesses hineingewebt ist, daß man sie nicht für eine Fiction, für einen Irrthum erklären kann, ohne zugleich den ganzen preußischen Prozeß zu verwerfen — durch das Aufhören der im corp. jur. Frid. durch die Assistenzräthe noch bestehenden nothwendigen Vermittlung erst das wirklich möglich gemacht, was von Anfang an die Absicht war: daß die Hülfesuchende Partei unmittelbar den Richter angehen, und, was sie verlange, ihm selbst vorzutragen das Recht habe.

II.

Über den status causae et controversiae und das Beweisdecret des preußischen Prozesses.

Die Erkenntniß und Festsetzung des eigentlichen Streitpunktes in jedem Rechtsstreite hat sich in den obigen Betrachtungen *) als eine an sich richterliche, und zwar als die erste Function des Richters ergeben. Und weil dieselbe eben eine wesentlich richterliche Function ist, hat man sie für identisch mit der Hauptfunction des Richters gehalten, diese Bestimmung des Streit- und Beweispunktes für ein Urtheil angesehen, und Alles, was vom Urtheil gilt, auch dieser Bestimmung vindicirt.

Indeß das Irrthümliche dieser Ansicht ist nicht zu verkennen, wenn man diese Frage nur nicht von einem bereits construirten Prozeßsystem aus lösen will; sondern, wie es in der Einleitung zur Gerichtsordnung geschehen ist, und wie wir, dieser folgend, oben versucht haben, von den einfachsten und ersten Grundverhältnissen, dem Zwecke des Prozesses und der Natur des Rechtsstreites, aus, die Momente des Verfahrens entwickelt. Aus dieser Entwickelung hat sich zwar jene Operation als nothwendiges Mittel für die richterliche Entscheidung des Rechtsstreites ergeben; aber eben deshalb ist sie auch bestimmt, nicht Urtheil zu seyn: weil sie, als Mittel, nicht die Bestimmtheit ihres Zweckes haben kann, ohne ihre eigene Natur und die Natur ihres Zweckes zu zerstören. Näher wird dies noch durch folgende Betrachtung erhellen.

Das Urtheil des Richters soll den Rechtsstreit entscheiden; die Bekanntmachung desselben mit den thatsächlichen Verhältnissen ist dazu die erste und nächste Grundlage. Aber weil der Grund des Streites verschieden seyn, weil er in Thatsachen oder auch in Rechtssätzen liegen kann, weil

---

*) Vgl. Abschnitt I. S. 16. 17.

die eine und die andere und mehrere Thatsachen, weil mehrere Rechtssätze streitig seyn werden; so kann sich der Richter zu diesem Material nicht unmittelbar urtheilend verhalten, sondern zunächst nur reflectirend, sondernd und den eigentlichen, zu entscheidenden Streitpunkt herausfindend; und so ist eben die Festsetzung des Streitpunktes nichts anderes, als: die erste und unmittelbare Reflexion des Richters über das ihm vorliegende Material. Als bloße Reflexion ist sie nur der Form, nicht aber dem Inhalte nach von diesem Material verschieden; sie enthält ganz dasselbe, nur in der Form eines Resumé und der Sonderung des Streitigen von dem Unstreitigen. Insofern aber dieselbe nichts anderes enthält, und nichts anderes enthalten darf, als das bereits vorhandene Material, so gehört zu dieser Operation wesentlich noch die Beglaubigung, daß sie nichts anderes enthalte; sie ist somit wesentlich eine gemeinschaftliche Operation des Richters und der Parteien, und dadurch eben wesentlich vom Urtheile verschieden.

Aber als Reflexion über das Material zum Behufe der richterlichen Entscheidung, also in bestimmter Beziehung auf das streitige Recht, enthält dieselbe nothwendig auch noch etwas anderes, als die bloße Sonderung des Streitigen von dem Nichtstreitigen, nemlich auch die Sonderung der Streitpunkte je nach ihrer Beziehung auf das streitige Recht, nach ihrer Erheblichkeit. — Liegt nun der eigentliche Streitpunkt nur in dem Momente, welches dem Richter an sich bekannt ist, in Rechtssätzen, so wird diese Reflexion unmittelbar in das Urtheil übergehen; liegt er aber in dem anderen, dem factischen Momente, wo der Richter zu seinem Urtheile noch das Mittel des Beweises bedarf, so ist diese Reflexion, als noch getrennt vom Urtheile, eben deshalb nur eine subjective, eine bloße Ansicht und Meinung von der Erheblichkeit der Thatsachen, welche von ihnen zu beweisen nöthig seyn könnte, und welche nicht. Weil dies also nur eine subjective Ansicht ist; so kann sie auch eine verschiedene seyn; der Richter und die Parteien können über die Erheblichkeit der Beweise verschiedener Meinung seyn. Als bloße Meinungen sind sie aber zunächst alle gleich berechtigt; aber weil das ganze Verfahren und besonders die Beweisführung doch nur zum Zwecke der richterlichen Entscheidung, für den Richter, geschieht, so kann in dieser Collision nur die Meinung des Richters, und was er in der Lage der Sache für erheblich hält, den Ausschlag geben, ohne daß aber diese Ansicht dadurch aufhörte, an sich etwas anderes zu seyn, als eine nur subjective Meinung und eine provisorische Entscheidung. —

So ist in dem status causae et controversiae mit dem, den Zwist über die Erheblichkeit der Streitpunkte provisorisch entscheidenden, Beweisdecrete des preußischen Prozesses auf die einfachste und allein richtige Weise die Aufgabe: wie der Beweispunkt zu bestimmen sey, für das

schriftliche Verfahren gelöst — eine Frage, die, seitdem sie in der Theorie controvers geworden ist, zu den mannichfaltigsten, aber sämmtlich mehr oder weniger mißlungenen Versuchen, dieselbe theoretisch oder praktisch zu lösen, den Anlaß gegeben hat. Denn weder die bloße Anticipation und Verbindnng der Beweise mit den Streitverhandlungen, wie v. Gönner in dem Entwurf eines Gesetzbuches ꝛc. (Bd. II. S. 301. u. fg.) vorgeschlagen hat, ohne darauf folgenden status causae et controversiae, noch ein bloß inappellables Beweisinterlocut — ein anderer Vorschlag v. Gönner's im Commentar zum baierischen Gesetz vom 22. July 1819 (S. 219 u. fg.) — ohne vorangehenden status causae et controversiae — um der vielen anderen Theoreme nicht zu gedenken *) — können, ein schriftliches Verfahren vorausgesetzt, für eine erschöpfende und genügende Lösung dieser Aufgabe angesehen werden.

Daher konnte Mittermaier, der eben so eifrige, als gelehrte Vertheidiger des alten Beweisinterlocutes, alle jene Theoreme und praktischen Versuche mit Glück bekämpfen, und das Beweisinterlocut, indem er es in seiner Consequenz, als in Rechtskraft übergehendes Urtheil, wiederherstellte, ihnen gegenüber siegreich behaupten **). Aber wenn er dasselbe, unter der Voraussetzung des gemeinen verhandelnden Prozesses, als das allein mögliche, wahre und an sich nothwendige Verfahren behaupten will; so kann diese Ansicht, ob er sie gleich mit den scheinbarsten Gründen vertheidigt, nicht zugegeben werden.

„Haben — so begründet Mittermaier seine Ansicht ***) — die Parteien ihre Behauptungen vollständig vorgetragen, so könnte der Richter, insofern er sie für wahr annehmen dürfte, schon das Endurtheil sprechen; seyen nun die Thatsachen streitig, so könne er es auch, nur bedingt, unter der Voraussetzung, daß und welche Thatsachen bewiesen würden". — Demnach wäre also das Beweisinterlocut in der That das eigentliche Endurtheil, und das Endurtheil nichts anderes als ein Purificationsbescheid, und als solcher, streng genommen, gar nicht appellabel.

Abgesehen davon, daß, wenn das Beweisverfahren vor demselben Gerichte geschieht, und, nicht, wie im alten römischen Prozesse, als eine ganz andere Function bestimmt ist, diese Zurückschlingung des Prozesses in sich selbst, so daß man das Ende in der Mitte, und die Mitte am Ende suchen muß, seltsam und unnatürlich erscheint; so ist aber auch die Voraussetzung dieser Ansicht unrichtig. Daraus nemlich, daß, wenn keine That-

*) Vgl. darüber Mittermaier der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß ꝛc. Beitrag II. S. 148.

**) S. 151. a. a. O.

***) a. a. O. S. 160.

sachen streitig sind, definitiv erkannt werden kann, folgt keinesweges, daß in dem Fall eines Streites über Thatsachen auch definitiv, nur alternativ, für den Fall des Beweises und des Nichtbeweises dieser Thatsachen, erkannt werden könne. Diese alternative, mit der Formel: si paret, condemna, si non paret, absolve, durchaus identische Sentenz wäre vielmehr nur dann anwendbar, wenn der Beweis etwas durchaus Bestimmtes wäre, so daß er nur entweder die Richtigkeit oder die Unrichtigkeit der zum Beweis gestellten Thatsachen zum Resultate hätte, und dieses sich allein und bestimmt nur auf diese Thatsachen bezöge. Da dies aber nicht der Fall ist, da das Bewiesene zwar im Allgemeinen der behaupteten Thatsache entsprechen kann, aber nicht in der Modalität, wie sie intendirt war, und demgemäß im Beweissatze aufgenommen worden ist; so müßte dann, im Fall einer solchen Alternativsentenz — weil eben in ihr die Bedingung der condemnatio in eng umschriebener Gränze definitiv bestimmt worden — die Abweisung dennoch erfolgen: da eben jene bestimmte Bedingung des Sieges nicht erfüllt ist, alles Andere aber nothwendig, als unter die weite und unbestimmte Kategorie des si non paret fallend, die Zurückweisung zur Folge haben muß. Man müßte also, wenn man jene Theorie des Beweisinterlocutes für richtig hält, sich auch zu dieser nothwendigen Consequenz bequemen, und die, alsdann ganz nothwendige, Bestimmung des römischen Formularprozesses aufnehmen: daß jede plus petitio den Verlust der Sache zur Folge habe, und daß es nicht gestattet sey, in integrum darüber Klage zu erheben *); und man wäre so genöthigt, in den gemeinen Prozeß, der grade nur über das Vorgetragene erkennen will, den Widerspruch hineinzubringen, über Etwas aburtheilen zu müssen, was gar nicht, oder wenigstens nicht direct in lite war.

Dieser nothwendig entstehende Widerspruch beweist eben, daß der Streit über erhebliche Thatsachen an und für sich ein Hinderniß ist, ein Definitivurtheil, wenn auch nur bedingt, zu fällen. Und diesen Beweis, liefert auch die Geschichte und Entwicklung des römischen Formularprozesses; denn die Entstehung und Ausbildung der formulae incertae, cum taxatione s. infinitae, condemnationis, der arbitria und bonae fidei actiones **), in welchen der Prätor, ohne zu urtheilen, nur die Kategorie des Falles bezeichnete, zeigt offenbar, wie schon die römischen Juristen in allen gewöhnlichen und den bürgerlichen Verkehr angehörenden Rechtsstreiten

---

*) Vgl. Gaji comm. IV. §. 53. — Ev. Dupont disquis. in comm. IVtum Gaji. S. 98. fg. — Gans römisches Obligationenrecht S. 13. fg.

**) Vgl. Dupont a. a. O. S. 71. fg. — Heffter Gaji inst. comm. IVtus etc. Berol. 1827. S. 60. fg.

jene bedingte, auf eine genau bestimmte Alternative gestellte, Definitivsentenz als unpraktisch und unmöglich erkannt hatten.

Genügen diese Gründe, um jene von Mittermaier vertheidigte Theorie des Beweisinterlocutes, die, weil sie wenigstens in sich consequent ist, dem status causae gegenüber gestellt werden konnte, zu widerlegen; so ist dies ein neuer Beweis, daß durch den status causae et controversiae die Aufgabe: den Streit- und Beweispunkt richtig und zweckmäßig zu bestimmen, wirklich gelöst worden. Eben weil er in der allgemeinen Natur des Prozesses begründet ist, und nicht dem individuellen Principe des preußischen Prozesses angehört *), ist er mit vollem Rechte von v. Feuerbach als die allerglänzendste und empfehlungswertheste Seite unseres Prozesses gerühmt worden **); und aus diesem Grunde konnte auch dieses Institut in der von v. Feuerbach vorgeschlagenen Procedurform ***), in dem von v. Reibnitz aufgestellten Ideale einer Gerichtsordnung †), und in dem neuesten Entwurfe einer Prozeßordnung für Baiern ††) — Systeme, die alle auf dem Principe der Verhandlung beruhen — eine Stelle finden, ohne der Consequenz derselben im geringsten Eintrag zu thun.

III.

Über Grävell's Darstellung des Principes der preußischen Prozeßordnung †††).

„Zu den gangbarsten, selbst von vielen Gelehrten nachgesprochenen Vorurtheilen gehöre es, sagt Grävell in seinem Commentare zur Gerichtsordnung (Bd. I. S. 20.), das preußische Prozeßverfahren für inquisitorisch zu erklären. Das Princip desselben sey aber ebensoweit von der Untersuchungsmaxime als von der Verhandlungsmethode entfernt, und wenn

---

*) Vgl. Puchta bürgerliche Rechtspflege und Gerichtsverfassung Baierns. Erlangen 1826. S. 35. fg. S. 85. fg.

**) In den Betrachtungen über Öffentlichkeit rc. Th. I. S. 247.

***) a. a. O. S. 343.

†) Th. I. S. 127. 161. fg.

††) Entwurf der Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. München 1825. §. 364 bis 379. — Revidirter Entwurf von 1827. §. 213.

†††) Vgl. das erste Kapitel des dritten Abschnittes. S. 55. fg.

man demselben einen besonderen Namen geben wolle; so müsse man es vielmehr die Leitungs- oder Vernehmungsmethode benennen (a. a. O. S. 25. und Allg. Literaturzeitung von 1823. No. 263. S. 368.). Dem preußischen Prozesse liege nemlich die Maxime, nur das materielle Recht zum formellen zu erklären, zwar im Allgemeinen zu Grunde, jedoch mit der Beschränkung, soweit dies nicht, durch freiwillige Aufgebung, durch das eigene Verschulden der Parteien, oder durch den Abgang von Beweismitteln unausführbar gemacht werde (Commentar S. 22.). Der Gesetzgeber habe genau den Gesichtspunkt festgehalten, daß auf der einen Seite jeder freie Mensch seines Eigenthumes Herr sey, daher von seinen Rechten soviel vergeben könne, als er wolle, daß aber Niemand auf der anderen Seite durch unerlaubte Mittel seine Gerechtsame erweitern, noch Andere um ihr Recht bringen dürfe (S. 21.). Eine Übereinstimmung des actenmäßigen Thatbestandes mit der Wirklichkeit sey eben im Civilprozesse nicht nothwendig, und eine jede Partei könne zwar von der Wirklichkeit soviel verschweigen, als ihr beliebe; aber doch nur, insofern sie nicht die Wahrheit dadurch verletze: weil ein Recht zu Unwahrheiten ein Unding sey, und es also auch keine Befugniß geben könne, dem Richter Unwahrheiten aufzubürden. Auf diesen einfachen Grundsätzen beruhe denn die im preußischen Prozesse geltende Regel für das Verhalten des Richters: Er dürfe weder inquiriren, d. h. (?) die Parteien wider ihren Willen zur Angabe von Thatsachen vermögen, wodurch für sie Rechte begründet würden, noch dürfe er still zusehen, was diesen zu verhandeln beliebe; sondern er müsse sie unter seiner Oberaufsicht verhandeln lassen, damit er auf der einen Seite sie abhalte, den Prozeß nicht durch ungebührliche Angaben zu verzögern, und auf der anderen Seite, damit, wo sich ihm Spuren von Entstellung der Wahrheit zur Bevortheilung des Gegners oder zur Gefährdung des Publicum zeigen, er sein Amt eintreten lasse, um diese Spuren zu verfolgen und aufzuklären". (Allg. Lit.-Zeit. a. a. O. 365. 366. Commentar zur A. G. O. Bd. I. S. 25.)

Dies ist denn aber doch nichts anderes, als was man inquiriren zu nennen pflegt. Grävell hat dies auch eingesehen, und in dem Commentare zur Gerichtsordnung (Bd. I. S. 20.) erklärt: daß der preußische Civilrichter allerdings die Befugniß habe, in dem Fall zu inquiriren, wenn hinreichender Verdacht vorhanden sey, daß durch freventliche Verhehlung der Wahrheit der Gegner um sein Recht gebracht werden solle; er warnt jedoch zugleich davor, von dieser Ausnahme von der Regel den Charakter der Prozeßordnung selbst abzuziehen. Aber wovon soll man ihn denn abziehen, wenn das Princip der unläugbaren Eigenthümlichkeit unseres Prozesses, dieser selbständigen Thätigkeit des Richters in dem, das Urtheil vorbereitenden, Verfahren nur darein gesetzt werden müßte, daß nichts Unerlaubtes und Strafwürdi-

ges begangen und das Strafwürdige entdeckt und zur Strafe gezogen werde, wenn nicht das Interesse für die Wahrheit, um ihrer selbst willen, sondern nur Interessen der Criminaljustiz und Criminalpolizei als die alleinigen Motive der amtlichen Thätigkeit des Civilrichters betrachtet werden müßten?

In der That, man könnte auf keine bessere Art die Behauptung, daß der preußische Prozeß inquisitorisch sey, beweisen, als mit diesen Gründen, durch welche Grävell dieselbe zu widerlegen sucht; ja, hätte nicht Grävell seine loyale, aufrichtige Anhänglichkeit an das preußische Verfahren anderweit unzweideutiger bekundet, man müßte glauben, es sey ihm mit dieser Widerlegung gar nicht Ernst gewesen. Denn wenn man seiner apokryphischen Auslegung Glauben schenken dürfte *), wenn es wahr wäre, daß der preußische Richter die Parteien nur unter seiner Oberaufsicht verhandeln lassen, und solange diese Verhandlungen ordnungsmäßig geschehen, und von keiner Seite Überflüssiges und Unerhebliches vorgebracht würde, denselben „still zusehen" müßte; sobald er aber aus den widersprechenden Angaben oder aus irgend einem anderen Grunde Verdacht schöpfte, daß eine Partei zum Nachtheil der anderen die Wahrheit freventlich verhehle, sich einmischen, „sein Amt eintreten lassen" müßte, und nicht eher, bis er den Frevler entdeckt und zur Strafe gezogen haben würde, in der Verfolgung und Aufklärung dieser Spuren nachzulassen die Pflicht hätte; wenn es also nur zu dem „Amte" des Civilrichters gehörte, „die Verläugnung und Hinterziehung der Wahrheit zum Schaden des Gegners" ans Licht zu bringen, wenn jeder seiner Schritte, die nicht auf unmittelbares Verlangen der Parteien geschehen, in diesem Motive gegründet seyn müßte; wenn also eine Partei die amtliche Thätigkeit des Richters als ein sicheres Zeichen ansehen müßte, daß er sie oder ihren Gegner in dem Verdachte habe, die Wahrheit freventlich zu verhehlen: dann wäre diese amtliche Thätigkeit des Civilrichters in ihrem Grunde und in ihrem Zwecke dieselbe, wie die des Criminalrichters, in der That inquisitorisch; dann würde

---

*) Hätte Heffter (in den Institutionen des römischen und deutschen Civilprozesses, Bonn 1825. S. 5.) sich nicht damit begnügt, der Versicherung Grävell's, dem preußischen Prozesse liege nicht die Untersuchungsmaxime, sondern eine Leitungsmethode zum Grunde, Glauben beizumessen, sondern dessen Darstellung dieser Methode selbst beachtet und eben so wie jene Versicherung für wahr gehalten; so würde er darin ein vollkommen genügendes Material gefunden haben, um das Wesen der Untersuchungs- oder vielmehr Inquisitions-Maxime auf das prägnanteste darstellen zu können; „an welchem, wie er sagt, es ihm gefehlt habe, da in civilisirten Staaten sich keine Beispiele desselben vorfänden".

das preußische Verfahren durch diese, auf diesem Grunde ruhende, Thätigkeit des Richters wirklich so verletzend für die Ehre der Bürger, und so gehässig seyn, wie man es durch den Vorwurf, daß es inquisitorisch sey, hatte bezeichnen wollen.

Aber dem Principe des preußischen Prozesses gehört diese, von dem unbedachtsamen Eifer seiner Vertheidiger erfundene, Bestimmtheit gar nicht an. „Der Richter solle durch Vernehmung der Parteien, durch Gegeneinanderstellung ihrer Erzählungen und mitzubringenden Beweisthümer die Wahrheit eruiren", sagt die Kabinetsordre vom 14. April 1780, und Suarez erklärt im Vorberichte zum corpus juris Fridericianum den Richter für schuldig und befugt: das Factum zu untersuchen, die Wahrheit durch alle erlaubte Mittel, auch ohne Anregung der Parteien, zu erforschen, und nach dieser freien Entwicklung des Factum bloß nach der Vorschrift der Gesetze zu bestimmen, was für Befugnisse aus demselben in Ansehung beider Parteien entspringen (s. No. I. II. V. VI. des Vorberichts). Die Wahrheit, um der Wahrheit willen, ohne Rücksicht, wem diese Erforschung Vortheil oder Nachtheil bringe, aus eigenem Rechte zu ermitteln: also, wie Friedrich der Große das Amt des Richters gedacht hat, wie es Suarez im Vorberichte aufgefaßt hat, ebenso ist es auch in dem theoretischen Theile der Gerichtsordnung, in der Einleitung (§. 6. 7. 10. 17. 20. 34.), dargestellt; und wenn selbst in dem praktischen Theile derselben die allgemeine Obliegenheit des Instruenten dahin bestimmt wird (Th. I. Tit. 10): gründlich und vollständig die Wahrheit der zum Grunde liegenden Thatsachen aufzuklären, die Parteien zu dem Ende über ihre gegenseitigen Angaben, über die Lücken, das Unzusammenhängende und die Unwahrscheinlichkeiten derselben mit unermüdeter Sorgfalt, Aufmerksamkeit und Geduld, und unter Vorhaltung der Strafen des Lügens zu vernehmen, alle vorhandenen Beweismittel der streitigen Punkte, auch ohne besondere Anregung der Parteien, aufzunehmen, und mit dieser seiner Untersuchung nicht eher zu enden, bis alle erheblichen Thatsachen, so vollständig als möglich aufgeklärt seyen; so beweist dies wohl evident, daß man auch bei der Ausführung jenes Principes weit entfernt war, die amtliche Thätigkeit des Richters nicht bloß auf den Fall zu beschränken, wenn sich Verdachtsgründe einer, den Gegentheil gefährdenden, Entstellung der Wahrheit zeigen, daß diese richterliche Thätigkeit nicht bloß leitend, sondern untersuchend, und deren Ziel die Erforschung der Wahrheit ist — oder vielmehr seyn soll. Und hierin liegt der Schlüssel zu dem Räthsel, wie Grävell, während er in der Prüfung des Gutachtens der Immediatjustizcommission (Bd. I. S. 184 fg.) ganz richtig sagt: „die preußische Gerichtsordnung sey davon ausgegangen, daß der Staat die Pflicht habe, seinen Unterthanen das Recht zu gewähren, daß sie selbst sich

nicht mehr nehmen, noch vertheidigen dürfen, und die Justizverwaltung im Staate daher zum Vorwurfe habe, diese Pflicht gegen Jeden zu erfüllen, der sie darum anspräche, und daß der ganze Prozeß mit allen seinen Theilen, mit Einschluß des Erkenntnisses, nur als Mittel für diesen Zweck, nicht aber als der endliche Zweck selbst angesehen werden müsse" — anstatt die richterliche, uneingeschränkte Untersuchungspflicht als eine unmittelbare Consequenz jenes Gesichtspunktes, als ein nothwendiges Mittel für diese justitia distributrix (im objectiven Sinne, nicht wie die Scholastik sich dieses Ausdruckes bediente), damit sie wirklich das Recht austheilen könne, in Anspruch zu nehmen — zu jener einseitigen und schiefen Darstellung des Untersuchungsprincipes gekommen ist. Nemlich durch den Irrthum: diesem an sich abstracten Principe, diesem Erzeugnisse einer völligen Abstraction von der wahrhaften Natur des Rechtes dadurch wenigstens eine Realität geben zu können, daß er die, demselben entgegengesetzten und widersprechenden, Verhältnisse, an welchen es sich in der Wirklichkeit bricht, die Dispositionsbefugniß der Privaten (die eben voraussetzt, daß diese ein Recht haben, während jene Ansicht einer das Recht austheilenden Gerechtigkeit dies nothwendig läugnen muß) und die Unmöglichkeit einer objectiven Beweisführung als die vorausgewußten und berechneten Gränzen seines Geltens darstellte; daß er erklärte: es liege in der Natur des (sogenannten) materiellen Rechtes selbst, nicht weiter zu gelten, als es jene Verhältnisse erlaubten, und daß daher im preußischen Prozesse nur insoweit die Maxime, das materielle Recht zum formellen zu erklären, gelte, als dies nicht durch freiwillige Aufgebung, durch eigenes Verschulden der Parteien oder durch den Abgang von Beweismitteln unausführbar gemacht werde — eine Verbindung dieser Gegensätze, die eine solche Denaturirung des Untersuchungsprincipes, in welcher dasselbe in der betrachteten Grävellschen Ansicht erscheint, nothwendig zur Folge haben mußte.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Gedruckt bei Trowitzsch und Sohn.

Knod

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Gaertner, Gustav Friedrich,

Kritik des Untersuchungs-Princips des Preußischen Civil-Processes

Berlin 1832

J.pract. 78 u
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554058-7